



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2012 Vol. 1

1^{er} cahier, 2012 Vol. 1

Cited as [2012] 1 S.C.R. 3-263

Renvoi [2012] 1 R.C.S. 3-263

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	IDA SMITH
JANICE CHENEY	SÉBASTIEN LAFRANCE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	BERNARD OLIVIER	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	LORRAINE PILETTE	RENÉE THÉRIAULT
ANDRÉ GOLDENBERG	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
	LOUISE SAVARD	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes		
DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY
NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District) 5

Municipal law — Bylaws — Validity — Standard of review applicable to municipal taxation bylaw — What standard of reasonableness requires in context of judicial review of taxation bylaw — Community Charter, S.B.C. 2003, c. 26, s. 197.

Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health) 23

Access to information — Appeals — Standard of appellate review — Evidence — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether deference owed to reviewing judge's findings that exemptions from disclosure applied to third party information — Whether pharmaceutical company provided sufficient direct and objective evidence information falling within exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 44.

Access to information — Third party information — Exemptions — Notice requirements — Severance — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether government institution fulfilled obligations to review records before providing notice of intention to disclose third party's information and in severing non-exempt information — Whether statutory notice requirements triggered — Whether third party information falling within Act's exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 25, 27, 28.

R. v. D.A.I. 149

Criminal law — Evidence — Testimonial competence — Adults with mental disabilities — Whether adult witnesses with mental disabilities must demonstrate understanding of nature of obligation to tell truth in order to be deemed competent to testify — Whether finding of testimonial competence without demonstration of understanding of obligation to tell truth breaches accused's right to fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

R. v. T.L.M. 233

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility of similar fact evidence relating to previous conviction of the accused for sexual assault — Trial judge did not err in admitting similar fact evidence.

Reference re Broadcasting Act 142

Communications law — Broadcasting — Internet — Internet service providers providing end-users with access to broadcasting over Internet — Whether Internet service providers are broadcasters when they provide

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque Toronto-Dominion c. Canada 3

Droit fiscal — Application et exécution — Faillite et insolvabilité — Insaisissabilité — Ministre du Revenu adressant une demande formelle de paiement à une banque où détenait un compte un débiteur fiscal — Débiteur fiscal déposant par la suite un avis de proposition concordataire en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — L'avis de proposition n'a pas priorité sur la demande de paiement antérieure — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 317(3) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69, 70.

Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District) 5

Droit municipal — Règlements — Validité — Norme de contrôle applicable à un règlement municipal en matière de taxation — Exigence de la norme de la décision raisonnable dans le contexte du contrôle judiciaire d'un tel règlement — Community Charter, S.B.C. 2003, ch. 26, art. 197.

Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé) 23

Accès à l'information — Appels — Norme de contrôle en appel — Preuve — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — Faut-il faire preuve de déférence envers les conclusions du juge siégeant en révision que les exceptions à la divulgation s'appliquent aux renseignements du tiers? — La société pharmaceutique a-t-elle présenté une preuve directe et objective suffisante pour établir que les renseignements étaient visés par l'une ou l'autre des exceptions? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 44.

Accès à l'information — Renseignements concernant un tiers — Exceptions — Obligations en matière d'avis — Prélèvement de renseignements — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — L'institution fédérale a-t-elle rempli ses obligations d'examiner les documents avant de donner au tiers un avis de son intention de divulguer certains de ses renseignements et de prélever les renseignements non soustraits à la divulgation? — Les exigences légales en matière d'avis ont-elles pris naissance? — Les renseignements du tiers étaient-ils visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 25, 27, 28.

R. c. D.A.I. 149

Droit criminel — Preuve — Habilité à témoigner — Adultes ayant une déficience intellectuelle — Les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent-ils démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité pour être réputés habiles à témoigner? — La conclusion que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

end-users with access to broadcasting through Internet — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3.

S.L. v. Commission scolaire des Chênes 235

Administrative law — Judicial review — School authorities — Parents requesting that school board exempt their children from ethics and religious culture course to avoid causing them serious harm — Requests for exemption denied — Whether decision of school board made at dictate of third party — Education Act, R.S.Q., c. I-13.3, s. 222.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Burden of proof at stage of demonstrating infringement of right to freedom of religion — Objective proof of interference with practice or belief — Parents sincerely believing in obligation to pass on precepts of Catholic religion to children — Whether ethics and religious culture program objectively interfering with parents' ability to pass on faith to children — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether refusal of school board to exempt children from ethics and religious culture course infringed their constitutional right.

Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12.

Toronto-Dominion Bank v. Canada 3

Taxation — Administration and enforcement — Bankruptcy and Insolvency — Immunity from seizure — Requirement to pay sent by Minister of Revenue to bank where tax debtor held account — Tax debtor subsequently filing notice of proposal under Bankruptcy and Insolvency Act — Subsequent notice of proposal not having precedence over requirement to pay — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 317(3) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69, 70.

SOMMAIRE (Fin)

le témoin est habile à témoigner sans qu'il ne soit démontré qu'il comprend l'obligation de dire la vérité porte-t-elle atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

R. c. T.L.M. 233

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité d'éléments de preuve de faits similaires concernant une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée antérieurement contre l'accusé — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant cette preuve de faits similaires.

Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion 142

Droit des communications — Radiodiffusion — Internet — Fournisseurs de services Internet permettant aux utilisateurs finaux d'avoir accès à la radiodiffusion grâce à Internet — Ces fournisseurs sont-ils des radiodiffuseurs lorsqu'ils permettent ainsi cet accès? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3.

S.L. c. Commission scolaire des Chênes 235

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Autorités scolaires — Parents demandant à la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse afin d'éviter à ceux-ci un préjudice grave — Demandes d'exemption refusées — La décision de la commission scolaire a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? — Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 222.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Fardeau à l'étape de la preuve de l'atteinte au droit à la liberté de religion — Démonstration de facteurs objectifs entravant le respect d'une pratique ou d'une croyance — Parents croyant sincèrement en l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique — Le programme d'éthique et de culture religieuse constituait-il, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants? — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le refus de la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse contrevenait-il à leur droit constitutionnel?

Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12?

**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Volume 1, 2012

1^{er} volume, 2012

Toronto-Dominion Bank *Appellant*

Banque Toronto-Dominion *Appelante*

v.

c.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Sa Majesté la Reine *Intimée*

**INDEXED AS: TORONTO-DOMINION
BANK v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : BANQUE TORONTO-
DOMINION c. CANADA**

2012 SCC 1

2012 CSC 1

File No.: 33878.

N° du greffe : 33878.

2012: January 12.

2012 : 12 janvier.

Present: LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

Présents: Les juges LeBel, Deschamps, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Taxation — Administration and enforcement — Bankruptcy and Insolvency — Immunity from seizure — Requirement to pay sent by Minister of Revenue to bank where tax debtor held account — Tax debtor subsequently filing notice of proposal under Bankruptcy and Insolvency Act — Subsequent notice of proposal not having precedence over requirement to pay — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 317(3) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69, 70.

Droit fiscal — Application et exécution — Faillite et insolvabilité — Insaisissabilité — Ministre du Revenu adressant une demande formelle de paiement à une banque où détenait un compte un débiteur fiscal — Débiteur fiscal déposant par la suite un avis de proposition concordataire en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — L'avis de proposition n'a pas priorité sur la demande de paiement antérieure — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 317(3) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69, 70.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais, Noël and Trudel JJ.A.), 2010 FCA 174, 405 N.R. 282, 325 D.L.R. (4th) 174, 69 C.B.R. (5th) 190, 2010 GTC 1057 (p. 1844), [2010] G.S.T.C. 99, [2010] F.C.J. No. 878 (QL), 2010 CarswellNat 2936, affirming a decision of Angers J., 2009 TCC 522, [2010] G.S.T.C. 16, 2010 G.T.C. 28 (p. 167), [2009] T.C.J. No. 465 (QL), 2009 CarswellNat 4941. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Blais, Noël et Trudel), 2010 CAF 174, 405 N.R. 282, 325 D.L.R. (4th) 174, 69 C.B.R. (5th) 190, 2010 GTC 1048 (p. 1775), [2010] G.S.T.C. 99, [2010] A.C.F. n° 878 (QL), 2010 CarswellNat 1920, qui a confirmé une décision du juge Angers, 2009 CCI 522, [2009] G.S.T.C. 162, 2010 G.T.C. 6 (p. 61), [2009] A.C.I. n° 465 (QL), 2009 CarswellNat 3686. Pourvoi rejeté.

Éric Potvin and André Rousseau, for the appellant.

Éric Potvin et André Rousseau, pour l'appelante.

Christian Boutin and Pier-Olivier Julien, for the respondent.

Christian Boutin et Pier-Olivier Julien, pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] LEBEL J. — We agree with the reasons of Noël J.A. of the Federal Court of Appeal (2010 FCA 174, 405 N.R. 282). The appeal is accordingly dismissed without costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal.

Solicitors for the respondent: Larivière Meunier, Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — Nous sommes d'accord avec les motifs exposés par le juge Noël de la Cour d'appel fédérale (2010 CAF 174, 405 N.R. 282). En conséquence, l'appel est rejeté sans dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Larivière Meunier, Québec.

v.

**Corporation of the District of North
Cowichan *Respondent***

**INDEXED AS: CATALYST PAPER CORP. v. NORTH
COWICHAN (DISTRICT)**

2012 SCC 2

File No.: 33744.

2011: October 18; 2012: January 20.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish,
Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Municipal law — Bylaws — Validity — Standard of review applicable to municipal taxation bylaw — What standard of reasonableness requires in context of judicial review of taxation bylaw — Community Charter, S.B.C. 2003, c. 26, s. 197.

One of C's four mills is located in the District of North Cowichan on Vancouver Island. C seeks to have a municipal taxation bylaw set aside on the basis that it is unreasonable having regard to objective factors such as consumption of municipal services. The District argued that reasonableness must take into account not only matters directly related to the treatment of a particular taxpayer, but a broad array of social, economic and demographic factors relating to the community as a whole. The chambers judge upheld the bylaw. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The applicable standard of review is reasonableness. The power of the courts to set aside municipal bylaws is a narrow one, and cannot be exercised simply because a bylaw imposes a greater share of the tax burden on some ratepayers than on others. The critical question is what factors the court should consider in determining what lies within the range of possible reasonable outcomes. Courts reviewing bylaws for reasonableness

c.

**Corporation of the District of North
Cowichan *Intimée***

**RÉPERTORIÉ : CATALYST PAPER CORP. c. NORTH
COWICHAN (DISTRICT)**

2012 CSC 2

N° du greffe : 33744.

2011 : 18 octobre; 2012 : 20 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit municipal — Règlements — Validité — Norme de contrôle applicable à un règlement municipal en matière de taxation — Exigence de la norme de la décision raisonnable dans le contexte du contrôle judiciaire d'un tel règlement — Community Charter, S.B.C. 2003, ch. 26, art. 197.

L'une des quatre papeteries de C se trouve dans le district de North Cowichan, sur l'île de Vancouver. C demande l'annulation d'un règlement municipal en matière de taxation au motif qu'il est déraisonnable eu égard à des facteurs objectifs telle la consommation de services municipaux. Le district avance que selon la norme de la décision raisonnable il faut tenir compte non seulement de questions se rapportant directement au traitement réservé à un contribuable en particulier, mais également de toute une gamme de facteurs sociaux, économiques et démographiques qui touchent la collectivité dans son ensemble. Le juge de première instance a confirmé la validité du règlement. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La norme de contrôle à appliquer est celle de la décision raisonnable. Le pouvoir d'un tribunal d'annuler un règlement municipal est limité et il ne peut être exercé pour la seule raison que le règlement impose un plus grand fardeau fiscal à certains contribuables par rapport à d'autres. La question cruciale est de savoir quels facteurs le tribunal doit prendre en compte pour déterminer en quoi consiste l'éventail d'issues

must approach the task against the backdrop of the wide variety of factors that elected municipal councillors may legitimately consider in enacting bylaws, including broad social, economic and political issues. Only if the bylaw is one no reasonable body informed by these factors could have taken will the bylaw be set aside.

The fact that wide deference is owed to municipal councils does not mean that they have *carte blanche*. Reasonableness limits municipal councils in the sense that the substance of their bylaws must conform to the rationale of the statutory regime set up by the legislature. The range of reasonable outcomes is circumscribed by the purview of the legislative scheme that empowers a municipality to pass a bylaw. Municipal councils must also adhere to appropriate processes and cannot act for improper purposes.

The bylaw falls within a reasonable range of outcomes. The bylaw does not constitute a decision that no reasonable elected municipal council could have made. The District Council considered and weighed all relevant factors. The process of passing the bylaw was properly followed. The reasons for the bylaw were clear and the District's policy had been laid out in a five-year plan. The District's approach complies with the *Community Charter*, which permits municipalities to apply different tax rates to different classes of property. The *Community Charter* does not support C's contention that property value taxes ought to be limited by the level of service consumed. Although the bylaw favours residential property owners, it is not unreasonably partial to them.

Cases Cited

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *O'Flanagan v. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. v. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45; *Canadian National Railway Co. v. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81; *Hlushak v. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149; *Ritholz v. Manitoba Optometric Society* (1959), 21 D.L.R. (2d) 542; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Associated Provincial*

possibles raisonnables. Le tribunal appelé à réviser le caractère raisonnable d'un règlement municipal doit le faire au regard de la grande variété de facteurs dont les conseillers municipaux élus peuvent légitimement tenir compte lorsqu'ils adoptent des règlements, y compris des facteurs généraux d'ordre social, économique et politique. Le règlement ne sera annulé que s'il s'agit d'un règlement qui n'aurait pu être adopté par un organisme raisonnable tenant compte de ces facteurs.

Le fait qu'il faille faire preuve d'une grande retenue envers les conseils municipaux ne signifie pas qu'ils ont carte blanche. La norme de la décision raisonnable restreint les conseils municipaux en ce sens que la teneur de leurs règlements doit être conforme à la raison d'être du régime mis sur pied par la législature. L'éventail des issues raisonnables est circonscrit par la portée du schéma législatif qui confère à la municipalité le pouvoir de prendre des règlements. Les conseils municipaux doivent également adopter des processus convenables et ils ne peuvent agir à des fins illégitimes.

Le règlement s'inscrit dans un éventail d'issues raisonnables. Il ne constitue pas une décision qu'aucun conseil municipal élu raisonnable n'aurait pu prendre. Le conseil du district a examiné et soupesé tous les facteurs pertinents. Le processus d'adoption du règlement a été correctement suivi. Les motifs qui sous-tendaient le règlement étaient clairs et le district avait exposé sa politique dans un plan quinquennal. L'approche du district respecte la *Community Charter*, qui autorise les municipalités à imposer un taux d'impôt foncier propre à chaque catégorie d'immeubles. La *Community Charter* ne permet pas à C d'affirmer que les taxes foncières à payer devraient être proportionnelles au niveau de consommation des services. Le règlement favorise certes les propriétaires d'immeubles résidentiels, mais il n'est pas déraisonnablement partial envers eux.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *O'Flanagan c. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. c. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45; *Canadian National Railway Co. c. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81; *Hlushak c. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149; *Ritholz c. Manitoba Optometric Society* (1959), 21 D.L.R. (2d) 542; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2

Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp., [1948] 1 K.B. 223; *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37, aff'd (1994), 157 A.R. 169; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Community Charter, S.B.C. 2003, c. 26, ss. 197, 199(b). District of North Cowichan, Bylaw No. 3385, *Tax Rates Bylaw, 2009*.

Municipal Finance Authority Act, R.S.B.C. 1979, c. 292, s. 14.1(3)(b) [ad. 1983, c. 24, s. 35].

Municipal Finance Authority Act Regulation, B.C. Reg. 63/84.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Huddart and Saunders J.J.A.), 2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149, 484 W.A.C. 149, 5 B.C.L.R. (5th) 203, 318 D.L.R. (4th) 350, 92 R.P.R. (4th) 1, 69 M.P.L.R. (4th) 163, [2010] 7 W.W.R. 259, [2010] B.C.J. No. 700 (QL), 2010 CarswellBC 958, affirming a decision of Voith J., 2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355, 88 R.P.R. (4th) 203, 66 M.P.L.R. (4th) 35, [2010] 7 W.W.R. 220, [2009] B.C.J. No. 2033 (QL), 2009 CarswellBC 2763. Appeal dismissed.

Roy W. Millen, Joanne Lysyk and Alexandra Luchenko, for the appellant.

Sukhbir Manhas and Reece Harding, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Catalyst Paper is the largest specialty paper and newsprint producer in western North America. One of its four mills is located in the District of North Cowichan, on the southeastern shore of Vancouver Island. Nearby forests offer a plentiful supply of wood for Catalyst's operations, while proximity to the ocean offers cheap transportation of supply and product. Labour was historically supplied by small neighbouring communities. Catalyst footed a large portion of the District's modest property tax levy, without demur.

Q.B. 91; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. c. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37, conf. par (1994), 157 A.R. 169; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Community Charter, S.B.C. 2003, ch. 26, art. 197, 199b). District of North Cowichan, Bylaw No. 3385, *Tax Rates Bylaw, 2009*.

Municipal Finance Authority Act, R.S.B.C. 1979, ch. 292, art. 14.1(3)(b) [aj. 1983, ch. 24, art. 35].

Municipal Finance Authority Act Regulation, B.C. Reg. 63/84.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Huddart et Saunders), 2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149, 484 W.A.C. 149, 5 B.C.L.R. (5th) 203, 318 D.L.R. (4th) 350, 92 R.P.R. (4th) 1, 69 M.P.L.R. (4th) 163, [2010] 7 W.W.R. 259, [2010] B.C.J. No. 700 (QL), 2010 CarswellBC 958, qui a confirmé une décision du juge Voith, 2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355, 88 R.P.R. (4th) 203, 66 M.P.L.R. (4th) 35, [2010] 7 W.W.R. 220, [2009] B.C.J. No. 2033 (QL), 2009 CarswellBC 2763. Pourvoi rejeté.

Roy W. Millen, Joanne Lysyk et Alexandra Luchenko, pour l'appelante.

Sukhbir Manhas et Reece Harding, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — La société Catalyst Paper est le plus gros producteur de papier pour usages spéciaux et de papier à journal de l'ouest du continent nord-américain. L'une de ses quatre papeteries se trouve dans le district de North Cowichan, sur la côte sud-est de l'île de Vancouver. Grâce aux forêts avoisinantes, elle dispose de tout le bois dont elle a besoin, et sa proximité à l'océan lui permet de transporter à peu de frais le matériel nécessaire ainsi que ses produits. Sa main d'œuvre provient traditionnellement des petites collectivités des environs, et c'est sans hésiter qu'elle a toujours payé une grande partie des taxes foncières modestes perçues par le district.

[2] In recent decades, the picture has changed. Attracted by the beauty of the Cowichan coast and the benignity of its climate, new residents began flocking to the District. One after another, new subdivisions sprang up. As the population increased, so did the need for new roads, water lines, schools, hospitals and the usual array of municipal services that accompany urban growth.

[3] As more people came to the District, residential property values skyrocketed, while the value of Catalyst's property remained relatively stable. The District was concerned that taxing residential property at a rate that reflected its actual value relative to the value of other classes of property in the District would result in unacceptable tax increases to residents, hitting long-term fixed-income residents hard. Instead, the District responded to the demographic shift by keeping residential property taxes low and increasing the relative tax rate on Catalyst's property. The total assessed value of residential property in North Cowichan increased 271% between 1992 and 2007, when the mean assessed value of a home in the District reached about \$300,000. While residential properties account for almost 90% of the total value of property in the District, the taxes payable in respect thereof constitute only 40% of tax revenue. The tax rate for Class 1 (residential) property in 2009 was set at \$2,1430 per \$1,000, while the tax rate for Class 4 property (major industry), such as Catalyst's, was set at \$43,3499 per \$1,000. The ratio between residential property and major industrial property was thus 1:20.3 — dramatically higher than the 1:3.4 ratio that until 1984 was prescribed by regulation for all municipalities in British Columbia. The rate currently is among the highest in the province.

[2] Mais au cours des dernières décennies, les choses ont changé. Attirés par la beauté de la côte de Cowichan et son doux climat, de plus en plus de nouveaux résidents y ont élu domicile. L'une après l'autre, de nouvelles zones domiciliaires ont fait leur apparition. La croissance de la population a mené à la construction de routes, conduites d'eau, écoles et hôpitaux ainsi qu'au développement de toute la gamme des services municipaux qui vont de pair avec la croissance urbaine.

[3] Cette croissance a fait monter en flèche la valeur des immeubles résidentiels, alors que celle des immeubles de Catalyst est demeurée relativement stable. Le district craignait que l'imposition des immeubles résidentiels à un taux correspondant à leur valeur réelle par rapport à la valeur d'autres catégories d'immeubles dans le district ferait subir aux résidents des augmentations inacceptables qui pénaliseraient les résidents de longue date dont le revenu était fixe. C'est pourquoi la réponse du district à ce changement démographique a été de maintenir l'impôt foncier sur les immeubles résidentiels à un niveau faible et d'augmenter le taux relatif de l'impôt foncier sur la valeur des immeubles de Catalyst. Au total, la valeur imposable des immeubles résidentiels dans le district de North Cowichan a augmenté de 271 p. 100 entre 1992 et 2007, la valeur imposable moyenne d'une résidence atteignant près de 300 000 \$. Bien que la valeur des immeubles résidentiels compte pour presque 90 p. 100 de la valeur totale des immeubles dans le district, les taxes foncières perçues à leur égard ne constituent que 40 p. 100 des recettes fiscales. Le taux d'imposition des immeubles de catégorie 1 (immeubles résidentiels) en 2009 a été fixé à 2,1430 \$ par tranche de 1 000 \$, alors que celui des immeubles de catégorie 4 (immeubles de grande industrie), tels ceux de Catalyst, s'élevait à 43,3499 \$. Le rapport entre l'impôt foncier payé au titre des immeubles résidentiels et celui payé au titre des immeubles de grande industrie était donc de 1:20,3 — un rapport considérablement plus grand que celui que prévoyait la réglementation pour l'ensemble des municipalités de la Colombie-Britannique jusqu'en 1984, à savoir 1:3,4. Il compte parmi les rapports les plus élevés au sein de la province.

[4] Catalyst, not surprisingly, was unhappy with this state of affairs. Not only is it required to foot a grossly disproportionate part of the District's property tax levy, it obtains little in exchange in terms of services. It has its own sewer and water systems, and its own deep-sea port. Exacerbating the situation is the fact that in recent years, Catalyst's operation has been losing money. Catalyst cannot pick up its operation and move elsewhere. Its choices are to stay and pay, or to close the mill.

[5] To avert this fate, Catalyst has been pressuring the District to lower its tax assessment since 2003. It has had modest success. The District has conducted studies into the problem. It accepts that existing Class 4 tax rates in North Cowichan are at undesirable levels. The work of the District's Property Tax Restructuring Committee, the reports of its financial officer, Mr. Frame, and the District's Financial Plan Bylaw, all recognized that existing Class 4 rates are significantly higher than they should be. As Mr. Frame put it, they "have gotten off track".

[6] Acknowledging the problem, the District has embarked on a gradual program to reduce the rates on Class 4 property, has shifted some special costs to residents (\$400,000 for a swimming pool), and in 2008 allocated a \$300,000 budget reduction to Class 4 alone. This resulted in the property taxes paid by Catalyst declining from 48% in 2007 to 44% in 2008, to the current 37%. However, for Catalyst, this gradual approach is too little. Having exhausted recourse to the District, its only alternative, it says, is to seek relief from the courts.

[7] This raises the issues of when courts of law can review municipal taxation bylaws and what

[4] Il n'est donc pas étonnant que Catalyst soit mécontente de cette situation, car non seulement doit-elle payer une part exagérément disproportionnée des taxes foncières perçues par le district, mais elle reçoit très peu de services en échange. En effet, elle dispose de ses propres systèmes d'égouts et d'aqueduc, et de son propre port en eau profonde. Qui plus est, l'exploitation de Catalyst est déficitaire depuis quelques années, mais il lui est impossible de s'installer ailleurs. De deux choses l'une : ou bien elle reste dans le district et s'efforce de payer les taxes foncières, ou bien elle ferme la papeterie.

[5] Pour s'en sortir, Catalyst fait pression sur le district depuis 2003 pour qu'il diminue la valeur imposable de ses immeubles, ce qu'elle est parvenue à faire dans une certaine mesure. Le district a mené des études sur le problème. Il reconnaît que les taux de l'impôt foncier payé au titre des immeubles de catégorie 4 ont atteint un niveau indésirable. Le comité de restructuration de l'impôt foncier du district, les rapports de son agent financier, M. Frame, ainsi que le règlement du district en matière de planification financière reconnaissent tous que ces taux d'impôt foncier sont considérablement plus élevés qu'ils ne devraient l'être. Comme l'a dit M. Frame, ils [TRADUCTION] « ont atteint un niveau démesuré ».

[6] Reconnaisant l'ampleur du problème, le district a commencé à réduire graduellement ces taux, il a déchargé Catalyst de certains frais extraordinaires pour les imposer aux résidents (400 000 \$ pour une piscine), et, en 2008, il a accordé une baisse d'impôt foncier de 300 000 \$ à l'égard des seuls immeubles de catégorie 4. Tout cela a eu pour résultat que les taxes foncières payées par Catalyst, qui constituaient 48 p. 100 des recettes fiscales du district en 2007, sont passées à 44 p. 100 en 2008 avant d'atteindre la proportion actuelle, soit 37 p. 100. Cependant, pour Catalyst, cette approche graduelle est insatisfaisante. Ayant épuisé toutes les possibilités qui s'offraient à elle d'influencer le district, elle dit n'avoir d'autre choix que de s'adresser aux tribunaux.

[7] Ceci soulève les questions de savoir dans quelles circonstances les cours de justice peuvent

principles guide that review. Catalyst argues that courts can set aside municipal bylaws on the ground that they are unreasonable, having regard to objective factors such as consumption of municipal services. The District of North Cowichan, on the other hand, argues that the judicial power to overturn a municipal tax bylaw is very narrow; in its view, courts cannot overturn a bylaw simply because it places a disproportionate burden on a taxpayer.

[8] The British Columbia Supreme Court (2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355) and the Court of Appeal (2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149) upheld the impugned bylaw. Catalyst now appeals to this Court.

[9] I conclude that the power of the courts to set aside municipal bylaws is a narrow one, and cannot be exercised simply because a bylaw imposes a greater share of the tax burden on some ratepayers than on others.

Analysis

A. Judicial Review of Municipal Bylaws

[10] It is a fundamental principle of the rule of law that state power must be exercised in accordance with the law. The corollary of this constitutionally protected principle is that superior courts may be called upon to review whether particular exercises of state power fall outside the law. We call this function “judicial review”.

[11] Municipalities do not have direct powers under the Constitution. They possess only those powers that provincial legislatures delegate to them. This means that they must act within the legislative constraints the province has imposed on them. If they do not, their decisions or bylaws may be set aside on judicial review.

réviser les règlements municipaux en matière de taxation et quels principes il convient d'appliquer à cet égard. Catalyst soutient que les tribunaux peuvent annuler des règlements municipaux au motif qu'ils sont déraisonnables eu égard à des facteurs objectifs tels la consommation de services municipaux. Pour sa part, le district de North Cowichan fait valoir que le pouvoir d'un tribunal d'annuler un tel règlement est très limité; selon lui, le tribunal ne peut exercer ce pouvoir pour la seule raison que le règlement impose un fardeau disproportionné à un contribuable.

[8] La Cour suprême de la Colombie-Britannique (2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355) et la Cour d'appel (2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149) ont toutes les deux confirmé la validité du règlement contesté. C'est pourquoi Catalyst se pourvoit devant notre Cour.

[9] Je conclus que le pouvoir d'un tribunal d'annuler un règlement municipal est limité et qu'il ne peut être exercé pour la seule raison que le règlement impose un plus grand fardeau fiscal à certains contribuables par rapport à d'autres.

Analyse

A. Contrôle judiciaire des règlements municipaux

[10] La primauté du droit pose comme principe fondamental que le pouvoir de l'État doit être exercé en conformité avec la loi. Ce principe protégé par la Constitution a pour corollaire que les cours supérieures peuvent être appelées à examiner si un exercice particulier du pouvoir de l'État est conforme à la loi ou non. C'est ce que nous appelons le « contrôle judiciaire ».

[11] Les municipalités ne jouissent d'aucun pouvoir leur étant directement accordé par la Constitution. Elles n'ont que les pouvoirs que leur délèguent les législatures provinciales. Cela signifie qu'elles doivent s'en tenir aux contraintes législatives que la province leur impose, à défaut de quoi leurs décisions et leurs règlements peuvent être annulés à l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire.

[12] A municipality's decisions and bylaws, like all administrative acts, may be reviewed in two ways. First, the requirements of procedural fairness and legislative scheme governing a municipality may require that the municipality comply with certain procedural requirements, such as notice or voting requirements. If a municipality fails to abide by these procedures, a decision or bylaw may be invalid. But in addition to meeting these bare legal requirements, municipal acts may be set aside because they fall outside the scope of what the empowering legislative scheme contemplated. This substantive review is premised on the fundamental assumption derived from the rule of law that a legislature does not intend the power it delegates to be exercised unreasonably, or in some cases, incorrectly.

[13] A court conducting substantive review of the exercise of delegated powers must first determine the appropriate standard of review. This depends on a number of factors, including the presence of a privative clause in the enabling statute, the nature of the body to which the power is delegated, and whether the question falls within the body's area of expertise. Two standards are available: reasonableness and correctness. See, generally, *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 55. If the applicable standard of review is correctness, the reviewing court requires, as the label suggests, that the administrative body be correct. If the applicable standard of review is reasonableness, the reviewing court requires that the decision be reasonable, having regard to the processes followed and whether the outcome falls within a reasonable range of alternatives in light of the legislative scheme and contextual factors relevant to the exercise of the power (*Dunsmuir*, at para. 47).

[14] Against this general background, I come to the issue before us — the substantive judicial

[12] Les décisions et les règlements d'une municipalité, à l'instar de tout acte administratif, peuvent être révisés de deux façons. D'abord, les exigences en matière d'équité procédurale et le régime législatif qui régit la municipalité peuvent l'obliger à respecter certaines exigences de nature procédurale, notamment en matière d'avis ou de vote, et sa décision ou son règlement peut être jugé invalide si elle néglige de suivre ces procédures. Mais en plus de pouvoir être annulés au motif que ces exigences légales minimales n'ont pas été respectées, il se peut que les actes d'une municipalité le soient parce qu'ils outrepassent ce que le régime législatif permettait de faire. Cette révision sur le fond est fondée sur la présomption fondamentale, découlant de la primauté du droit, selon laquelle le législateur ne peut avoir voulu que le pouvoir qu'il a délégué soit exercé de façon déraisonnable, ou, dans certains cas, incorrecte.

[13] Un tribunal procédant à la révision sur le fond de l'exercice de pouvoirs délégués doit d'abord déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer. Cela dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment l'existence ou non d'une clause privative (aussi appelée disposition d'inattaquabilité) dans la loi habilitante, la nature du délégué, et la question de savoir si la décision relève du domaine d'expertise de ce dernier. Il existe deux normes de contrôle : celle de la décision raisonnable et celle de la décision correcte. Voir, de façon générale, *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au par. 55. Dans le cas où la norme qu'il convient d'appliquer est celle de la décision correcte, le tribunal de révision exige que l'entité administrative ait agi correctement, comme l'indique l'appellation de la norme. Dans le cas où la norme applicable est plutôt celle de la décision raisonnable, il exige que la décision soit raisonnable en considérant les processus suivis et si le résultat s'inscrit dans un éventail raisonnable d'issues possibles, compte tenu du régime législatif et des facteurs contextuels pertinents quant à l'exercice du pouvoir (*Dunsmuir*, par. 47).

[14] C'est sur cette toile de fond que j'aborde la question que nous sommes appelés à trancher :

review of municipal taxation bylaws. In *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at p. 115, the Court, referring to delegated legislation, drew a distinction between policy and legality, with the former being unreviewable by the courts:

The Governor in Council quite obviously believed that he had reasonable grounds for passing Order in Council P.C. 1977-2115 extending the boundaries of Saint John Harbour and we cannot enquire into the validity of those beliefs in order to determine the validity of the Order in Council.

(See also pp. 111-13.) However, this attempt to maintain a clear distinction between policy and legality has not prevailed. In passing delegated legislation, a municipality must make policy choices that fall reasonably within the scope of the authority the legislature has granted it. Indeed, the parties now agree that the tax bylaw at issue is not exempt from substantive review in this sense.

[15] Unlike Parliament and provincial legislatures which possess inherent legislative power, regulatory bodies can exercise only those legislative powers that were delegated to them by the legislature. Their discretion is not unfettered. The rule of law insists on judicial review to ensure that delegated legislation complies with the rationale and purview of the statutory scheme under which it is adopted. The delegating legislator is presumed to intend that the authority be exercised in a reasonable manner. Numerous cases have accepted that courts can review the substance of bylaws to ensure the lawful exercise of the power conferred on municipal councils and other regulatory bodies (*Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *O'Flanagan v. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. v. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81 (C.A.); *Hlushak v. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149 (C.A.); *Ritholz v.*

la révision judiciaire sur le fond des règlements municipaux en matière de taxation. Dans *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, p. 115, la Cour, faisant référence à la législation déléguée, a établi une distinction entre la politique et la légalité, la première ne pouvant être révisée par les tribunaux :

Le gouverneur en conseil a manifestement cru avoir des motifs raisonnables de prendre le décret C.P. 1977-2115 qui étendait les limites du port de Saint-Jean et nous ne pouvons nous enquerir de la validité de ces motifs afin de déterminer la validité du décret.

(Voir aussi p. 111-113.) Cependant, cette tentative de conserver une distinction claire entre la politique et la légalité n'a pas été maintenue. En exerçant son pouvoir législatif délégué, une municipalité doit faire des choix de politique qui relèvent raisonnablement de l'étendue de l'autorité que la législature lui a octroyée. De fait, les parties conviennent maintenant que le règlement en matière de taxation en cause dans la présente affaire n'est pas, en ce sens, soustrait à la révision sur le fond.

[15] Contrairement au Parlement et aux législatures provinciales, qui jouissent d'un pouvoir législatif inhérent, les organismes de réglementation ne peuvent exercer que les pouvoirs législatifs qui leur ont été délégués. Leur pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. La primauté du droit exige que le contrôle judiciaire de la législation déléguée s'assure que celle-ci est bien conforme à la raison d'être et à la portée du régime législatif sous lequel elle a été adoptée. Il faut présumer que le législateur qui délègue un pouvoir s'attend à ce que celui-ci soit exercé de manière raisonnable. Il a été reconnu dans de nombreux cas que les tribunaux peuvent réviser le contenu des règlements municipaux afin d'assurer l'exercice légitime du pouvoir conféré aux conseils municipaux et à d'autres organismes de réglementation (*Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *O'Flanagan c. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. c. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45 (C.A.); *Canadian National Railway Co. c. Fraser-Fort George (Regional*

Manitoba Optometric Society (1959), 21 D.L.R. (2d) 542 (Man. C.A.)).

[16] This brings us to the standard of review to be applied. The parties agree that the reasonable standard applies in this case. The question is whether the bylaw at issue is reasonable having regard to process and whether it falls within a range of possible reasonable outcomes (*Dunsmuir*, at para. 47).

[17] Where the parties differ is on *what the standard of reasonableness requires in the context of this case*. This is the nub of the dispute before us. Catalyst argues that the issue is whether the tax bylaw falls within a range of reasonable outcomes, having regard to objective factors relating to consumption of municipal services, factors Catalyst has outlined in a study called the “Consumption of Services Model”. The District of North Cowichan, on the other hand, argues that reasonableness, in the context of municipal taxation bylaws, must take into account not only matters directly related to the treatment of a particular taxpayer in terms of consumption, but a broad array of social, economic and demographic factors relating to the community as a whole. The critical question is what factors the court should consider in determining what lies within the range of possible reasonable outcomes. Is it the narrow group of objective consumption-related factors urged by Catalyst? Or is it a broader spectrum of social, economic and political factors, as urged by North Cowichan?

[18] The answer lies in *Dunsmuir’s* recognition that reasonableness must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. It is an essentially

District (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81 (C.A.); *Hlushak c. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149 (C.A.); *Ritholz c. Manitoba Optometric Society* (1959), 21 D.L.R. (2d) 542 (C.A. Man.)).

[16] Cela nous amène à la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer. Les parties conviennent qu’il s’agit de la norme de la décision raisonnable en l’espèce. La question est donc de savoir si le règlement contesté est raisonnable, eu égard au processus qui a mené à son adoption, et s’il s’inscrit dans un éventail d’issues possibles raisonnables (*Dunsmuir*, par. 47).

[17] Là où les parties divergent d’opinion, c’est sur *ce que la norme de la décision raisonnable impose dans le contexte de la présente affaire*. C’est ici que se situe le nœud de l’affaire. Catalyst soutient que la question est de savoir si le règlement s’inscrit dans un éventail d’issues raisonnables eu égard à des facteurs objectifs se rapportant à la consommation de services municipaux, facteurs que Catalyst a décrits dans une étude intitulée « *Consumption of Services Model* » (« Le modèle basé sur la consommation de services »). De son côté, le district de North Cowichan avance que la norme de la décision raisonnable impose, dans le contexte des règlements municipaux en matière de taxation, que l’on tienne compte non seulement de questions se rapportant directement au traitement réservé à un contribuable en particulier selon qu’il consomme ou non des services municipaux, mais également de toute une gamme de facteurs sociaux, économiques et démographiques qui touchent la collectivité dans son ensemble. La question cruciale est de savoir quels facteurs le tribunal de révision doit prendre en compte pour déterminer quelles sont les issues possibles raisonnables. S’agit-il du groupe restreint de facteurs objectifs ayant trait à la consommation que propose Catalyst? Ou s’agit-il plutôt d’un éventail plus large de facteurs sociaux, économiques et politiques, comme le prétend le district de North Cowichan?

[18] La réponse réside dans le fait que *Dunsmuir* reconnaît que le caractère raisonnable de la décision s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des

contextual inquiry (*Dunsmuir*, at para. 64). As stated in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59, *per* Binnie J., “[r]easonableness is a single standard that takes its colour from the context.” The fundamental question is the scope of decision-making power conferred on the decision-maker by the governing legislation. The scope of a body’s decision-making power is determined by the type of case at hand. For this reason, it is useful to look at how courts have approached this type of decision in the past (*Dunsmuir*, at paras. 54 and 57). To put it in terms of this case, we should ask how courts reviewing municipal bylaws pre-*Dunsmuir* have proceeded. This approach does not contradict the fact that the ultimate question is whether the decision falls within a range of reasonable outcomes. It simply recognizes that reasonableness depends on the context.

[19] The case law suggests that review of municipal bylaws must reflect the broad discretion provincial legislators have traditionally accorded to municipalities engaged in delegated legislation. Municipal councillors passing bylaws fulfill a task that affects their community as a whole and is legislative rather than adjudicative in nature. Bylaws are not quasi-judicial decisions. Rather, they involve an array of social, economic, political and other non-legal considerations. “Municipal governments are democratic institutions”, *per* LeBel J. for the majority in *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919, at para. 33. In this context, reasonableness means courts must respect the responsibility of elected representatives to serve the people who elected them and to whom they are ultimately accountable.

[20] The decided cases support the view of the trial judge that, historically, courts have refused

facteurs pertinents. Il s’agit essentiellement d’une analyse contextuelle (*Dunsmuir*, par. 64). Comme l’a dit le juge Binnie dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59, « [l]a raisonnablement constitue une norme unique qui s’adapte au contexte. » La question fondamentale est de savoir quelle est la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur. La portée du pouvoir décisionnel d’un organisme est déterminée par le type de situation en question. Pour cette raison, il est utile d’examiner comment les tribunaux ont déjà traité de ce type de décisions (*Dunsmuir*, par. 54 et 57). Pour revenir à l’affaire qui nous occupe, nous devons nous demander comment les tribunaux procédaient pour réviser les règlements municipaux avant l’arrêt *Dunsmuir*. Cette approche ne contredit pas le fait qu’en définitive il s’agit de savoir si la décision s’inscrit dans un éventail d’issues raisonnables. Elle reconnaît simplement que la question de savoir si une décision est raisonnable ou non dépend du contexte.

[19] Il ressort de la jurisprudence que la révision des règlements municipaux doit refléter le large pouvoir discrétionnaire que les législateurs provinciaux ont traditionnellement conféré aux municipalités en matière de législation déléguée. Les conseillers municipaux qui adoptent des règlements accomplissent une tâche qui a des répercussions sur l’ensemble de leur collectivité et qui est de nature législative plutôt qu’adjudicative. Les règlements municipaux ne sont pas des décisions quasi judiciaires. Ils font plutôt intervenir toute une gamme de considérations non juridiques, notamment sur les plans social, économique et politique. Comme l’a dit le juge LeBel au nom de la majorité dans *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919, par. 33, « [l]es administrations municipales forment des institutions démocratiques. » Dans ce contexte, la norme de la décision raisonnable signifie que les tribunaux doivent respecter le devoir qui incombe aux représentants élus de servir leurs concitoyens, qui les ont élus et devant qui ils sont ultimement responsables.

[20] Les causes déjà jugées appuient le point de vue du juge de première instance selon lequel les

to overturn municipal bylaws unless they were found to be “aberrant”, “overwhelming”, or if “no reasonable body” could have adopted them (para. 80, *per Voith J.*). See *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.); *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.); *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37 (Q.B.), *aff’d* (1994), 157 A.R. 169 (C.A.).

[21] This deferential approach to judicial review of municipal bylaws has been in place for over a century. As Lord Russell C.J. stated in *Kruse v. Johnson*:

... courts of justice ought to be slow to condemn as invalid any by-law, so made under such conditions, on the ground of supposed unreasonableness. Notwithstanding what Cockburn C.J. said in *Bailey v. Williamson* [(1873), L.R. 8 Q.B. 118, at p. 124], an analogous case, I do not mean to say that there may not be cases in which it would be the duty of the Court to condemn by-laws, made under such authority as these were made, as invalid because unreasonable. But unreasonable in what sense? If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operation as between different classes; if they were manifestly unjust; if they disclosed bad faith; if they involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say, “Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and ultra vires.” But it is in this sense, and in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded. A by-law is not unreasonable merely because particular judges may think that it goes further than is prudent or necessary or convenient, or because it is not accompanied by a qualification or an exception which some judges may think ought to be there. [Emphasis added; pp. 99-100.]

These are the general indicators of unreasonableness in the context of municipal bylaws. It must be remembered, though, that what is unreasonable will depend on the applicable legislative framework. For instance, Lord Russell C.J.’s reference to inequality in operation as between different classes is inapt in the context of many modern municipal

tribunaux ont traditionnellement refusé d’invalider des règlements municipaux à moins qu’ils n’aient été jugés [TRADUCTION] « aberrants » ou « choquants », ou si « aucun organisme raisonnable » n’aurait pu les adopter (par. 80, le juge Voith). Voir *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (C. div.); *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.); *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. c. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37 (B.R.), *conf.* par (1994), 157 A.R. 169 (C.A.).

[21] Cette retenue dans la façon d’aborder la révision des règlements municipaux existe depuis plus d’un siècle. Comme l’a affirmé le juge en chef lord Russell dans *Kruse c. Johnson* :

[TRADUCTION] ... les cours de justice doivent faire preuve de circonspection avant de déclarer invalide un règlement pris dans ces conditions au motif qu’il serait déraisonnable. Malgré ce que le juge en chef Cockburn dit dans une affaire analogue, *Bailey c. Williamson* [(1873), L.R. 8 Q.B. 118, p. 124], je ne veux pas dire qu’il ne peut y avoir de cas où la Cour aurait le devoir d’invalider des règlements, pris en vertu du même pouvoir que ceux-ci l’ont été, en se fondant sur leur caractère déraisonnable. Mais déraisonnable en quel sens? On peut penser, par exemple, à des règlements partiels et d’application inégale pour des catégories distinctes, à des règlements manifestement injustes, à des règlements empreints de mauvaise foi, à des règlements entraînant une immixtion abusive ou gratuite dans les droits des personnes qui y sont assujetties, au point d’être injustifiables aux yeux d’hommes raisonnables; la Cour pourrait alors dire « le Parlement n’a jamais eu l’intention de donner le pouvoir de faire de telles règles; elles sont déraisonnables et ultra vires. » C’est en ce sens et uniquement en ce sens qu’il faut, à mon avis, considérer la question du caractère raisonnable. Un règlement n’est pas déraisonnable simplement parce que certains juges peuvent estimer qu’il va au-delà ce qui est prudent ou nécessaire ou commode, ou parce qu’il n’est pas assorti d’une réserve ou d’une exception qui devrait y figurer de l’avis de certains juges. [Je souligne; p. 99-100.]

Il s’agit là des indicateurs généraux de ce qui est déraisonnable dans le contexte des règlements municipaux. Il faut cependant garder à l’esprit que ce qui est déraisonnable dépendra du cadre législatif applicable. Par exemple, l’application inégale pour des catégories distinctes dont parle le juge en chef lord Russell ne convient guère au

statutes, which contain provisions that expressly allow for such inequality. Subsection 197(3) of the *Community Charter*, S.B.C. 2003, c. 26, which allows municipalities to set different tax rates for different property classes, is such a provision.

[22] Catalyst argues that *Dunsmuir* has changed the law and that the traditional deferential approach to the review of municipal bylaws no longer holds. The bylaw, it argues, must be demonstrably reasonable, having regard to objective criteria relating to taxation. The reasonableness standard in *Dunsmuir*, it says, means that all municipal decisions, including bylaws, must meet the test of demonstrable rationality in terms of process and outcome. It follows, Catalyst argues, that a municipality cannot tax major industrial property owners at a substantially higher rate than residential property owners, in order to avoid hardship to long-term or fixed-income residents in a rising housing market. Rather, the municipality should confine itself to objective factors, such as those set forth in Catalyst's "Municipal Sustainability Model", in fixing the property tax rates of different classes of property owners.

[23] This argument misreads *Dunsmuir*. As discussed above, *Dunsmuir* described reasonableness as a flexible deferential standard that varies with the context and the nature of the impugned administrative act. In doing so, *Dunsmuir* expressly stated that the approaches to review developed in particular contexts in previous cases continue to be relevant (*Dunsmuir*, at paras. 54 and 57). Here the context is the adoption of municipal bylaws. The cases dealing with review of such bylaws relied on by the trial judge and discussed above continue to be relevant and applicable. To put it succinctly, they point the way to what is reasonable in the particular

contexte de plusieurs lois municipales contemporaines, qui contiennent des dispositions permettant expressément une telle inégalité. Le paragraphe 197(3) de la *Community Charter*, S.B.C. 2003, ch. 26, qui permet aux municipalités de fixer des taux d'impôt variant en fonction des catégories d'immeubles, est un exemple d'une telle disposition.

[22] Catalyst soutient que *Dunsmuir* a modifié le droit et que la retenue traditionnelle des tribunaux en ce qui concerne le contrôle des règlements municipaux n'a plus sa place. Selon elle, le caractère raisonnable du règlement doit pouvoir se démontrer au regard de critères objectifs en matière d'impôt foncier. Elle affirme que la norme de la décision raisonnable énoncée dans *Dunsmuir* signifie que toutes les décisions municipales, y compris les règlements, doivent satisfaire au critère de la rationalité démontrable du processus décisionnel et du résultat. Il s'ensuit, selon Catalyst, qu'une municipalité ne peut imposer aux propriétaires d'immeubles de grande industrie des taxes foncières beaucoup plus élevées que celles que payent les propriétaires d'immeubles résidentiels, et ce afin d'éviter de mettre en difficulté les résidents de longue date ou ceux dont le revenu est fixe, dans le contexte d'un marché de l'habitation inflationniste. La municipalité doit plutôt s'en tenir à des facteurs objectifs, tels ceux énoncés dans le modèle de développement durable des municipalités proposé par Catalyst, pour fixer les taux de l'impôt foncier que payent diverses catégories de propriétaires d'immeubles.

[23] Il s'agit là d'une lecture erronée de *Dunsmuir*. Comme je l'ai déjà mentionné, *Dunsmuir* affirme que la norme de la décision raisonnable est une norme de déférence souple qui varie selon le contexte et la nature de la mesure administrative contestée. Ainsi, *Dunsmuir* déclare expressément que les approches de révision judiciaire élaborées précédemment par les tribunaux dans des contextes particuliers demeurent pertinentes (*Dunsmuir*, par. 54 et 57). En l'espèce, le contexte est celui de l'adoption de règlements municipaux. Les causes relatives à la révision de tels règlements que le juge de première instance a invoquées et qui ont

context of bylaws passed by democratically elected municipal councils.

[24] It is thus clear that courts reviewing bylaws for reasonableness must approach the task against the backdrop of the wide variety of factors that elected municipal councillors may legitimately consider in enacting bylaws. The applicable test is this: only if the bylaw is one no reasonable body informed by these factors could have taken will the bylaw be set aside. The fact that wide deference is owed to municipal councils does not mean that they have *carte blanche*.

[25] Reasonableness limits municipal councils in the sense that the substance of their bylaws must conform to the rationale of the statutory regime set up by the legislature. The range of reasonable outcomes is thus circumscribed by the purview of the legislative scheme that empowers a municipality to pass a bylaw.

[26] Here the relevant legislation is the *Community Charter*. Section 197 gives municipalities a broad and virtually unfettered legislative discretion to establish property tax rates in respect of each of the property classes in the municipality, unless limited by regulation. The intended breadth of the legislative discretion under the current legislative scheme is highlighted by the fact that the government of British Columbia ceased to impose regulatory limits on the ratios between tax rates in 1985. Section 199(b) of the *Community Charter* allows the Lieutenant Governor in Council to make regulations on the relationships between Class 1 and Class 4 tax rates, and no regulation of this sort has been reintroduced since the repeal of the 1984 regulation, which prescribed a 1 to 3.4 ratio between residential and major industry tax rates (B.C. Reg. 63/84, adopted pursuant to s. 14.1(3)(b) of the *Municipal Finance Authority Act*, R.S.B.C. 1979, c. 292, the predecessor of s. 199(b)

été analysées ci-dessus restent donc pertinentes et applicables. Bref, ces causes indiquent ce qui est raisonnable dans le contexte particulier de règlements adoptés par des conseils municipaux élus démocratiquement.

[24] Il est donc clair que les tribunaux appelés à réviser le caractère raisonnable de règlements municipaux doivent le faire au regard de la grande variété de facteurs dont les conseillers municipaux élus peuvent légitimement tenir compte lorsqu'ils adoptent des règlements. Le critère applicable est le suivant : le règlement ne sera annulé que s'il s'agit d'un règlement qui n'aurait pu être adopté par un organisme raisonnable tenant compte de ces facteurs. Le fait qu'il faille faire preuve d'une grande retenue envers les conseils municipaux ne signifie pas qu'ils ont carte blanche.

[25] La norme de la décision raisonnable restreint les conseils municipaux en ce sens que la teneur de leurs règlements doit être conforme à la raison d'être du régime mis sur pied par la législature. L'éventail des issues raisonnables est donc circonscrit par la portée du schème législatif qui confère à la municipalité le pouvoir de prendre des règlements.

[26] La loi applicable en l'espèce est la *Community Charter*. Son article 197 confère aux municipalités un pouvoir discrétionnaire large et quasi illimité de fixer les taux de l'impôt foncier à payer au titre de chacune des catégories d'immeubles se trouvant sur son territoire, sous réserve des limites prescrites par règlement. La portée de ce pouvoir que le régime législatif actuellement en vigueur confère aux municipalités ressort du fait que le gouvernement de la Colombie-Britannique a cessé, en 1985, d'imposer des limites réglementaires aux rapports permis entre les taux d'imposition. L'alinéa 199b) de la *Community Charter* donne au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements sur le rapport entre le taux d'imposition des immeubles de catégorie 1 et celui des immeubles de catégorie 4, et aucun règlement de ce genre n'a été pris depuis l'abrogation du règlement de 1984, qui prévoyait un rapport de 1:3,4 entre le taux d'impôt foncier sur les immeubles

of the *Community Charter*). Special provisions of the *Community Charter* relating to parcel taxation, local area services, business improvement areas, or property value tax exemptions address particular concerns and do not detract from the broad power of British Columbia municipalities to vary rates between different classes of property.

[27] Nor does the *Community Charter* support the contention that property value taxes ought to be limited by the level of service consumed. Section 197 authorizes the imposition of a tax, not a fee. The distinguishing feature between the two is that a tax need bear no relationship to the costs of the service being provided, while the opposite is true for a fee. The ratio of service consumption to the different property classes will differ depending on the service. In light of this, a requirement that municipalities impose property value taxes having in mind the level of services consumed would prevent municipalities from ever exercising their authority under s. 197(3)(b).

[28] Another set of limitations on municipalities passing bylaws flows from the need for reasonable processes. In determining whether a particular bylaw falls within the scope of the legislative scheme, factors such as failure to adhere to required processes and improper motives are relevant. Municipal councils must adhere to appropriate processes and cannot act for improper purposes. As Gonthier J. stated for the Court in *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, “[a] municipal act committed for unreasonable or reprehensible purposes, or purposes not covered by legislation, is void” (p. 349).

[29] It is important to remember that requirements of process, like the range of reasonable outcomes, vary with the context and nature of the

résidentiels et celui applicable aux immeubles de grande industrie (B.C. Reg. 63/84, adopté en vertu de l’al. 14.1(3)b) de la *Municipal Finance Authority Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 292, la disposition qui a précédé l’al. 199b) de la *Community Charter*). Des dispositions spéciales de la *Community Charter* en matière d’imposition de biens-fonds, de services locaux, de zones d’amélioration commerciale ou d’exemptions fiscales en fonction de la valeur des immeubles répondent à des besoins particuliers et n’enlèvent rien au large pouvoir des municipalités de la Colombie-Britannique de modifier le rapport entre les taux applicables à diverses catégories d’immeubles.

[27] La *Community Charter* ne permet pas non plus d’affirmer que les taxes foncières à payer devraient être proportionnelles au niveau de consommation des services. L’article 197 autorise l’imposition d’un impôt, et non de frais. Or, ce qui distingue l’impôt des frais, c’est que l’impôt n’a pas à correspondre au coût du service fourni. Le rapport entre le niveau de consommation des services et les diverses catégories d’immeubles dépendra des services en question. Cela signifie que si les municipalités devaient imposer des taxes foncières en fonction du niveau de consommation des services, elles ne pourraient jamais exercer le pouvoir que leur confère l’al. 197(3)b).

[28] La nécessité de suivre des processus raisonnables impose d’autres limites aux municipalités en matière d’adoption de règlements. Pour établir si un règlement relève de la portée du régime législatif, il faut tenir compte de facteurs tels l’omission de suivre les processus établis et la poursuite de fins illégitimes. Les conseils municipaux doivent adopter des processus convenables et ils ne peuvent agir à des fins illégitimes. Comme l’a affirmé le juge Gonthier au nom de la Cour dans *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, « [u]n acte municipal posé à des fins déraisonnables ou condamnables ou à des fins non prévues par la loi est nul » (p. 349).

[29] Il importe de se rappeler que, tout comme l’éventail des issues raisonnables, le processus à suivre varie selon le contexte et la nature du

decision-making process at issue. Formal reasons may be required for decisions that involve quasi-judicial adjudication by a municipality. But that does not apply to the process of passing municipal bylaws. To demand that councillors who have just emerged from a heated debate on the merits of a bylaw get together to produce a coherent set of reasons is to misconceive the nature of the democratic process that prevails in the council chamber. The reasons for a municipal bylaw are traditionally deduced from the debate, deliberations and the statements of policy that give rise to the bylaw.

[30] Nor, contrary to Catalyst's contention, is the municipality required to formally explain the basis of a bylaw. As discussed above, municipal councils have extensive latitude in what factors they may consider in passing a bylaw. They may consider objective factors directly relating to consumption of services. But they may also consider broader social, economic and political factors that are relevant to the electorate.

[31] This is not to say that it is wrong for municipal councils to explain the rationale behind their bylaws. Typically, as in this case, modern municipal councils provide information in the form of long-term plans. Nor is it to say that municipalities performing decisional or adjudicative functions are exempt from giving reasons as discussed above.

B. *Application: Is the Bylaw Unreasonable?*

[32] To summarize, the ultimate question is whether the taxation bylaw falls within a reasonable range of outcomes. This must be judged on the approach the courts have traditionally adopted in reviewing bylaws passed by municipal councils. Municipal councils passing bylaws are entitled to consider not merely the objective considerations bearing directly on the matter, but broader social,

processus décisionnel en cause. La municipalité qui rend une décision dans l'exercice de ses fonctions quasi judiciaires doit parfois motiver sa décision par écrit. Mais cela ne s'applique pas au processus d'adoption des règlements municipaux. C'est se méprendre sur la nature du processus démocratique qui s'opère dans la salle du conseil municipal que d'exiger de conseillers municipaux sortant d'un vif débat sur le bien-fondé d'un règlement qu'ils produisent ensemble des motifs cohérents. Les motifs qui sous-tendent un règlement municipal se dégagent habituellement du débat, des délibérations et des énoncés de politique d'où il prend sa source.

[30] Contrairement à ce que prétend Catalyst, les municipalités n'ont pas non plus à justifier formellement leurs règlements. Rappelons que les conseils municipaux disposent d'une grande latitude quant aux facteurs à prendre en compte dans l'adoption de leurs règlements. En effet, ils peuvent prendre en considération non seulement des facteurs objectifs directement liés à la consommation de services, mais aussi des facteurs plus généraux d'ordre social, économique et politique qui touchent l'électorat.

[31] Il ne faut pas en conclure pour autant que les conseils municipaux ont tort d'expliquer la raison d'être de leurs règlements. En général, de nos jours, les conseils municipaux fournissent des renseignements sous la forme de plans à long terme, comme cela a été fait en l'espèce. Il ne faut pas non plus en conclure que les municipalités sont dispensées de l'obligation de fournir des motifs dans l'exercice de leurs fonctions décisionnelles ou adjudicatives, comme je l'ai déjà expliqué.

B. *Application : Le règlement est-il déraisonnable?*

[32] En résumé, il faut déterminer en définitive si le règlement contesté s'inscrit dans un éventail raisonnable d'issues possibles en suivant l'approche que les tribunaux ont adoptée au fil des ans en matière de révision des règlements adoptés par des conseils municipaux. Les conseils municipaux ne sont pas tenus, dans le cadre du processus d'adoption de règlements, de s'en remettre aux

economic and political issues. In judging the reasonableness of a bylaw, it is appropriate to consider both process and the content of the bylaw.

[33] I turn first to process. Catalyst does not allege that the voting procedures of the District were incorrect; nor does it allege bad faith. Its contention is rather that the District's process is flawed because it provided neither formal reasons for the bylaw, nor a rational basis (viewed in terms of Catalyst's "Consumption of Services Model") for its decision. This contention cannot succeed. As discussed above, municipal councils are not required to give formal reasons or lay out a rational basis for bylaws. In any event, as the trial judge found, the reasons for the bylaw at issue here were clear to everyone. The District's policy had been laid out in a five-year plan. Discussions and correspondence between the District and Catalyst left little doubt as to the reasons for the bylaw. The trial judge found that the District Council considered and weighed all relevant factors in making its decision. If Catalyst has a complaint, it is not with the procedures followed, but with the substance of the bylaw.

[34] This brings us to the content of the bylaw at issue. There can be no doubt that the impact of the bylaw on Catalyst is harsh. The ratio between major industrial rates and residential rates imposed is among the highest in British Columbia (only two municipalities exceed it) and far outside the pre-1985 norm. In Catalyst's present economic situation, the consequences are serious — indeed, Catalyst suggests that the industrial rate threatens the continued operation of its mill in the District.

seules considérations objectives ayant une incidence directe sur l'affaire; ils peuvent aussi prendre en compte des enjeux plus généraux d'ordre social, économique et politique. Pour apprécier le caractère raisonnable d'un règlement, il convient donc d'examiner le processus qui a mené à son adoption ainsi que sa teneur.

[33] Je me pencherai d'abord sur le processus. Catalyst ne prétend pas que la procédure de scrutin du district était incorrecte, et elle n'invoque pas non plus la mauvaise foi. Elle prétend plutôt que le processus suivi par le district est vicié parce que ce dernier n'a ni motivé par écrit le règlement, ni fourni de fondement logique (considéré sous l'angle du modèle basé sur la consommation de services élaboré par Catalyst) à sa décision. Cette prétention ne saurait être retenue. Comme je l'ai déjà mentionné, les conscils municipaux ne sont pas tenus de motiver par écrit leurs règlements ou d'en fournir un fondement logique. Quoi qu'il en soit, comme l'a conclu le juge de première instance, les motifs qui sous-tendaient le règlement contesté étaient clairs pour tous. Le district avait exposé sa politique dans un plan quinquennal. Les pourparlers et la correspondance entre le district et Catalyst ne laissaient guère de doute quant à ces motifs. Selon le juge de première instance, le conseil du district a examiné et soupesé tous les facteurs pertinents au moment de prendre sa décision. Si Catalyst a des reproches à faire, c'est au sujet de la teneur du règlement, et non des procédures qui ont mené à son adoption.

[34] Cela nous amène au contenu du règlement contesté. Il ne fait aucun doute que le règlement porte un dur coup à Catalyst. Le rapport entre les taux de l'impôt foncier à payer au district sur les immeubles de grande industrie, d'une part, et les immeubles résidentiels, d'autre part, compte parmi les plus élevés en Colombie-Britannique (ce rapport est plus grand seulement dans deux municipalités) et dépasse considérablement la norme en vigueur avant 1985. Vu la situation financière dans laquelle se trouve Catalyst, les conséquences sont graves, cette dernière affirmant que le taux de l'impôt foncier à payer sur les immeubles de grande industrie menace l'exploitation même de sa papeterie située dans le district.

[35] However, countervailing considerations exist — considerations that the District Council was entitled to take into account. The Council was entitled to consider the impact on long-term fixed-income residents that a precipitous hike in residential property taxes might produce. The Council has decided to reject a dramatic increase and gradually work toward greater equalization of tax rates between Class 4 major industrial property owners and Class 1 residential property owners. Acknowledging that the rates from Class 4 are higher than they should be, the Council is working over a period of years toward the goal of more equitable sharing of the tax burden. Its approach complies with the *Community Charter*, which permits municipalities to apply different tax rates to different classes of property. Specifically, nothing in the *Community Charter* requires the District to apply anything like Catalyst’s “Consumption of Services Model”. Indeed, the compelling submission made by Mr. Manhas, counsel for the respondent, was that it would be “statutorily *ultra vires* for [the municipality] to impose property value taxes on the basis of consumption alone under section 197(3)(b)” (transcript, at p. 54). The bylaw favours residential property owners, to be sure. But it is not unreasonably partial to them.

[36] Taking all these factors into account, the trial court, affirmed by the Court of Appeal, concluded that the bylaw fell within a reasonable range of outcomes. I agree. The adoption of the *Tax Rates Bylaw, 2009*, Bylaw No. 3385, does not constitute a decision that no reasonable elected municipal council could have made.

[37] I would dismiss the appeal with costs.

[35] Toutefois, le conseil du district était en droit de prendre en compte certaines considérations faisant contrepoids à ces arguments. Par exemple, il pouvait prendre en considération l’incidence qu’une hausse soudaine de l’impôt foncier sur les immeubles résidentiels était susceptible d’avoir sur les résidents de longue date dont le revenu était fixe. Le conseil a décidé de rejeter une hausse draconienne, optant plutôt pour une réduction graduelle de l’écart entre les taux de l’impôt foncier que doivent payer les propriétaires d’immeubles de grande industrie de catégorie 4, d’une part, et les propriétaires d’immeubles résidentiels de catégorie 1, d’autre part. Reconnaissant que le taux de l’impôt foncier à payer sur les immeubles de catégorie 4 est trop élevé, le conseil s’est donné pour objectif de répartir plus équitablement le fardeau fiscal au cours des prochaines années. Son plan respecte la *Community Charter*, qui autorise les municipalités à imposer un taux d’impôt foncier propre à chaque catégorie d’immeubles. Plus précisément, la *Community Charter* n’oblige aucunement le district à suivre un quelconque modèle s’apparentant au modèle basé sur la consommation de services que propose Catalyst. En effet, M. Manhas a fait valoir de façon convaincante que [TRADUCTION] « l’imposition [par la municipalité], en vertu de l’alinéa 197(3)b), de taxes foncières sur la seule base de la consommation de ses services serait *ultra vires* » (transcription, p. 54). Le règlement favorise certes les propriétaires d’immeubles résidentiels, mais il n’est pas déraisonnablement partial envers eux.

[36] Tenant compte de tous ces éléments, la cour de première instance est parvenue à la conclusion que le règlement s’inscrivait dans un éventail raisonnable d’issues possibles, conclusion que la Cour d’appel a confirmée. Je suis du même avis. L’adoption du règlement n° 3385 en matière de taxation, le *Tax Rates Bylaw, 2009*, ne constitue pas une décision qu’aucun conseil municipal élu raisonnable n’aurait pu prendre.

[37] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Young, Anderson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Young, Anderson, Vancouver.

Merck Frosst Canada Ltd. *Appellant*

v.

Minister of Health *Respondent*

and

BIOTECanada *Intervener*

**INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA LTD. v.
CANADA (HEALTH)**

2012 SCC 3

File Nos.: 33290, 33320.

2010: November 12; 2012: February 3.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Access to information — Third party information — Exemptions — Notice requirements — Severance — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether government institution fulfilled obligations to review records before providing notice of intention to disclose third party's information and in severing non-exempt information — Whether statutory notice requirements triggered — Whether third party information falling within Act's exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 25, 27, 28.

Access to information — Appeals — Standard of appellate review — Evidence — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether deference owed to reviewing judge's findings that exemptions from disclosure applied to third party information — Whether pharmaceutical company provided sufficient direct and objective evidence

Merck Frosst Canada Ltée *Appelante*

c.

Ministre de la Santé *Intimé*

et

BIOTECanada *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : MERCK FROSST CANADA LTÉE c.
CANADA (SANTÉ)**

2012 CSC 3

N^{os} du greffe : 33290, 33320.

2010 : 12 novembre; 2012 : 3 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Accès à l'information — Renseignements concernant un tiers — Exceptions — Obligations en matière d'avis — Prélèvement de renseignements — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — L'institution fédérale a-t-elle rempli ses obligations d'examiner les documents avant de donner au tiers un avis de son intention de divulguer certains de ses renseignements et de prélever les renseignements non soustraits à la divulgation? — Les exigences légales en matière d'avis ont-elles pris naissance? — Les renseignements du tiers étaient-ils visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 25, 27, 28.

Accès à l'information — Appels — Norme de contrôle en appel — Preuve — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — Faut-il faire preuve de déférence envers les conclusions du juge siégeant en révision que les exceptions à la divulgation s'appliquent aux renseignements du tiers? — La société pharmaceutique a-t-elle

information falling within exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 44.

Health Canada received access to information requests relating to two new drug submissions made to it by M, a pharmaceutical company and third party to the requests. A series of disputes arose between the parties about what information had to be disclosed and what was exempt from disclosure under the *Access to Information Act* (“Act”). In particular, Health Canada identified several hundred pages in response to each request. It reviewed those pages, concluded some contained information that could not be disclosed under the exemptions found in s. 20(1) of the Act, and redacted those pages in part. It also concluded a number of pages did not contain any exempted information and disclosed those pages without notifying or consulting M. Enclosing hundreds of the still undisclosed pages, Health Canada then notified M of the access to information requests and of its intention to disclose the enclosed pages, asking M to explain which portions of the remaining pages M considered confidential under s. 20(1), and why. Following a number of exchanges, Health Canada agreed to further redactions but rejected the balance of M’s objections. M filed for judicial review of Health Canada’s decisions under s. 44.

The Federal Court found that disclosure by Health Canada without prior notice to M contravened s. 20(1) of the Act and held that over 200 pages were exempted from disclosure, while the remaining pages could be disclosed. The reviewing judge also held that it would be extremely difficult to sever and disclose non-exempt information pursuant to s. 25. The Federal Court of Appeal allowed Health Canada’s appeals, ordering that all the remaining pages at issue should be disclosed.

Held (Deschamps, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The decision of the judge conducting

présenté une preuve directe et objective suffisante pour établir que les renseignements étaient visés par l’une ou l’autre des exceptions? — Loi sur l’accès à l’information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 44.

Santé Canada a reçu des demandes d’accès à l’information visant deux présentations de drogue nouvelle déposées par M, une société pharmaceutique qui était un tiers en ce qui concerne les demandes. Une série de différends sont survenus entre les parties quant à savoir quels renseignements devaient être divulgués et quels renseignements étaient soustraits à la divulgation en application de la *Loi sur l’accès à l’information* (« Loi »). En particulier, Santé Canada a identifié plusieurs centaines de pages répondant à l’une et l’autre des demandes. Il a examiné ces pages, conclu que certaines d’entre elles contenaient des renseignements qui ne pouvaient être divulgués en raison des exceptions prévues au par. 20(1) de la Loi, et expurgé ces pages en partie. Il a aussi conclu qu’un certain nombre de pages ne contenaient aucun renseignement soustrait à la divulgation et les a communiquées au demandeur sans donner de préavis à M et sans la consulter. Santé Canada a ensuite envoyé à M un avis, auquel il a joint les centaines de pages qui n’avaient pas été communiquées, pour l’informer des demandes d’accès à l’information et de son intention de communiquer ces pages, et l’inviter à lui indiquer les parties du reste du dossier qu’elle considérait comme confidentielles en application du par. 20(1) et lui expliquer pourquoi il en était ainsi selon elle. Après un certain nombre d’échanges, Santé Canada a accepté de retrancher des détails supplémentaires, mais a rejeté les autres objections de M. M a déposé une demande de contrôle judiciaire des décisions de Santé Canada en vertu de l’art. 44.

La Cour fédérale a conclu que la divulgation de renseignements par Santé Canada sans donner de préavis à M contrevenait au par. 20(1) de la Loi et que plus de 200 pages étaient soustraites à la communication, mais que les autres pages pouvaient être communiquées. Le juge siégeant en révision a également conclu qu’il serait extrêmement difficile de prélever et divulguer les renseignements non soustraits à la divulgation, en application de l’art. 25. La Cour d’appel fédérale a accueilli les appels de Santé Canada, ordonnant la communication de l’ensemble des pages toujours en litige.

Arrêt (les juges Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Charron et Cromwell : La décision du juge

a review under the Act, which will often have a significant factual component, is subject to appellate review in accordance with the well-established principles set out by this Court. The Federal Court of Appeal correctly set out and applied the applicable standard of review. The reviewing judge did not make requisite findings of fact and failed either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both. The Court of Appeal was therefore entitled to intervene and to carry out its own assessment of whether the reviewing judge had correctly applied the Act's exemptions to the records. There is nonetheless some merit to M's complaints. The Act must be interpreted and applied so that it strikes the balance Parliament intended between broad rights of access and protection of third party information. Both the Act and the considerations identified by the reviewing judge and by M support a fairly low threshold to trigger the obligation to give notice under s. 27(1). Observing a low threshold for third party notice ensures procedural fairness and reduces the risk that exempted information may be disclosed by mistake. Disclosure without notice is only justified in clear cases where the government institutional head, reviewing all the relevant evidence, concludes that there is no reason to believe that the record might contain exempted material. A head should refuse to disclose without notice where there is no reason to believe that the information is subject to disclosure. M's submission, that there is an automatic right to notice with respect to certain categories of records is not, however, supported by the grammatical and ordinary meaning of s. 27(1), or by the jurisprudence which makes plain that notice is required only if certain conditions are met in the particular circumstances. The institutional head must give notice if he or she is in doubt about whether the information is exempt; intends to disclose exempted material to serve the public interest pursuant to s. 20(6); or intends to disclose third party information by severing the non-exempt information and disclosing only that as required by s. 25. In giving notice, the institutional head cannot simply shift the responsibility to review the records onto the third party. Institutions must make a serious attempt to apply the exemptions by reviewing each individual record to determine which portions, if any, may be exempted. The same principle applies to the severance of material under s. 25. It is also prudent and in accordance with common sense for a third party, who is generally in a better position than the head of the institution to identify information that falls within one of the s. 20(1) exemptions, to be as helpful as it can be in identifying

qui, en application de la Loi, procède à un examen, qui aura souvent un volet factuel important, peut faire l'objet d'une révision en appel conformément aux principes bien établis que la Cour a déjà exposés. La Cour d'appel fédérale a expliqué et appliqué correctement la norme de contrôle applicable. Le juge siégeant en révision n'a pas tiré les conclusions de fait nécessaires et il a omis soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce; dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre. La Cour d'appel fédérale pouvait donc intervenir et faire sa propre appréciation de la question de savoir si le juge siégeant en révision avait correctement appliqué aux documents les exceptions prévues par la Loi. Les plaintes de M sont néanmoins fondées en partie. Il faut interpréter et appliquer la Loi de manière à établir l'équilibre recherché par le législateur entre les droits généraux en matière d'accès à l'information et la protection des renseignements de tiers. Il ressort de la Loi et des considérations décrites par le juge siégeant en révision et par M que le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de préavis prévue au par. 27(1) est assez peu élevé. L'application d'un critère peu exigeant en matière de préavis au tiers garantit l'équité procédurale et réduit le risque que des renseignements ne pouvant être divulgués le soient par erreur. La divulgation de renseignements sans préavis n'est justifiée que dans les cas manifestes, si le responsable de l'institution, après avoir analysé toute la preuve pertinente, estime qu'il n'y a aucune raison de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. Le responsable doit refuser de divulguer des renseignements sans préavis s'il n'existe aucune raison de croire qu'ils peuvent être divulgués. L'argument de M qu'il existe un droit automatique au préavis dans le cas de certains types de documents n'est cependant pas étayé par le sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1) ou par la jurisprudence, d'où il ressort clairement que le préavis ne s'impose que si certaines conditions sont réunies dans les circonstances particulières en cause. Le responsable de l'institution doit donner un préavis s'il ne sait pas avec certitude si les renseignements sont soustraits à la divulgation, s'il a l'intention de divulguer, pour des raisons d'intérêt public en vertu du par. 20(6), des renseignements soustraits à la divulgation, ou s'il a l'intention de communiquer un document qui contient des renseignements de tiers en en prélevant les renseignements qui ne sont pas protégés et ne divulguant que ceux-ci, comme l'exige l'art. 25. Lorsqu'il donne l'avis au tiers, le responsable de l'institution ne peut simplement lui transférer

precisely why disclosure is not permitted. In these appeals, it is of limited use to decide if the notice provisions and the appropriate level of review by the institutional head were correctly applied throughout. It may be observed, however, that both M and Health Canada at times took rather extreme positions that were not in accordance with the purpose, letter or spirit of the Act.

The party seeking judicial review bears the burden of demonstrating that the statutory exemptions apply on a balance of probabilities. In relation to the exemptions themselves, M has not shown that any of the pages in issue, as redacted by Health Canada, contain any information exempted under s. 20(1)(a), (b) or (c). First, a “trade secret” for the purposes of s. 20(1)(a) should be understood as a plan or process, tool, mechanism or compound, which possesses the following characteristics: the information must be secret in an absolute or relative sense (is known only by one or a relatively small number of persons); the possessor of the information must demonstrate he or she has acted with the intention to treat the information as secret; the information must be capable of industrial or commercial application; and the possessor must have an interest (e.g. an economic interest) worthy of legal protection. This approach is consistent with the common law definition and takes account of the legislative intent that a trade secret is something different from the broader category of confidential commercial information protected under s. 20(1)(b). While the Court of Appeal correctly defined “trade secrets”, it erred in law by insisting the term should be interpreted restrictively and that there was a high threshold for invoking the exemption. The applicable standard of proof is still the civil standard of the balance of probabilities. However, this error did not result in the Court of Appeal reaching the wrong conclusion about how s. 20(1)(a) applies here. It did not err in finding that M’s evidence was not responsive to the documents as redacted by Health Canada. The reviewing judge’s failure to refer to the applicable legal test or

la responsabilité d’examiner les documents. Les institutions doivent véritablement se demander si l’une ou l’autre des exceptions s’applique en examinant chaque document afin de déterminer quelles parties peuvent, le cas échéant, faire l’objet d’une exception. Le même principe s’applique au prélèvement de renseignements en application de l’art. 25. Du point de vue du tiers, qui, de façon générale, est mieux placé que le responsable de l’institution pour relever les renseignements visés par l’une ou l’autre des exceptions prévues au par. 20(1), il est également prudent et conforme au bon sens d’aider le plus possible ce dernier à déterminer précisément pourquoi la divulgation des renseignements en cause n’est pas autorisée. Pour les fins des présents pourvois, il ne sert pas à grand-chose de déterminer si les dispositions en matière de préavis et le degré convenable d’examen ont été correctement appliqués par le responsable de l’institution du début à la fin. Toutefois, il peut être utile de mentionner que M et Santé Canada ont parfois adopté des positions plutôt extrêmes qui ne s’accordaient pas avec l’objet, la lettre ou l’esprit de la Loi.

Il incombe à la partie qui sollicite le contrôle judiciaire le fardeau d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que les exceptions prévues par la loi s’appliquent. En ce qui concerne les exceptions elles-mêmes, M n’a pas établi que l’une ou l’autre des pages en litige, sous leur forme expurgée par Santé Canada, contient un quelconque renseignement soustrait à la divulgation en application des al. 20(1)(a), (b) ou (c). Premièrement, le « secret industriel » doit s’entendre, pour les fins de l’al. 20(1)(a), d’un plan ou procédé, d’un outil, d’un mécanisme ou d’un composé qui possède les caractéristiques suivantes : l’information doit être secrète dans un sens absolu ou relatif (elle est connue seulement d’une ou de quelques personnes); le détenteur de l’information doit démontrer qu’il a agi avec l’intention de traiter l’information comme si elle était secrète; l’information doit avoir une application pratique dans le secteur industriel ou commercial; et le détenteur doit avoir un intérêt (p. ex., un intérêt économique) digne d’être protégé par la loi. Cette approche est conforme à la définition du secret industriel en common law et elle tient compte du fait que le législateur a voulu que le secret industriel soit distinct de la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle protégés par l’al. 20(1)(b). Bien qu’elle ait correctement défini les « secrets industriels », la Cour d’appel fédérale a commis une erreur de droit en insistant pour dire que ce terme devait être interprété de façon restrictive et que le seuil pour invoquer cette exception était élevé. La norme de preuve qu’il convient d’appliquer est toujours la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités. Toutefois, cette erreur n’a pas amené la Cour d’appel fédérale à tirer la mauvaise

the relevant evidence constituted a material error justifying appellate intervention.

Second, M's submission that the Court of Appeal erred in finding that it had not discharged its burden of proof, and that the documents, as redacted, continued to contain confidential information, must fail. In order to qualify for the s. 20(1)(b) "confidential information" exemption, the information must be financial, commercial, scientific or technical information; confidential and consistently treated in a confidential manner by the third party; and supplied to a government institution by a third party. Government reviewers' notes may fall under the exemption to the extent that they contain information communicated to them by a third party. While the Court of Appeal once again applied an unduly onerous standard of proof, finding that the third party opposing disclosure has a heavy burden to establish the exemption, the result did not turn on its description of the standard of proof. Rather, the court's decision rested on the findings that Health Canada conceded that extensive redaction was necessary and that there was no direct and objective evidence from M to show that the remaining information was confidential. Both of these conclusions focussed on the primarily factual question of whether the substance of the information was publicly available. M's submissions, including references to the evidence, are of no assistance in explaining how what is left on the often heavily redacted pages is confidential in the face of Health Canada's evidence that the unredacted material is in the public domain and therefore not confidential. As for the formatting and structure of the new drug submissions, they do not qualify for exemption as confidential information in this case. Generally, as here, the choice about how information is presented or the precise organization and ordering of sections of a document are the subject of publicly available guidelines, although the nature of the information and evidence in the particular case must be considered in deciding whether or not the exemption applies. M's argument that the very fact it listed particular articles and studies otherwise available in the public domain in its new drug submissions is confidential information, because it would be understood by competitors that M had relied on those studies, must also fail. The record shows that M itself proposed that copies of all published articles referred to in the submissions should be provided to the requester. In addition, the fact that M had referred to many studies was

conclusion sur la façon dont il convient d'appliquer l'al. 20(1)a) en l'espèce. Elle n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait pas de lien entre la preuve de M et les documents sous leur forme expurgée par Santé Canada. L'omission du juge siégeant en révision de faire référence au critère juridique applicable ou à la preuve pertinente constituait une erreur matérielle qui justifiait l'intervention en appel.

Deuxièmement, l'argument de M que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver que les documents, sous leur forme expurgée, contenaient toujours des renseignements de nature confidentielle n'est pas fondé. Pour être visés par l'exception prévue à l'al. 20(1)b), qui porte sur les renseignements « de nature confidentielle », les renseignements doivent être financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, de nature confidentielle, traités comme tels de façon constante par le tiers, et fournis à une institution fédérale par un tiers. Les notes des examinateurs de l'institution peuvent être visées par l'exception dans la mesure où elles contiennent des renseignements qui leur ont été fournis par un tiers. Bien que la Cour d'appel fédérale ait encore une fois appliqué une norme de preuve trop exigeante, déclarant que le fardeau dont le tiers qui s'oppose à la divulgation doit s'acquitter pour que l'exception s'applique est lourd, la conclusion qu'elle a tirée n'était pas tributaire de sa description de la norme de preuve. La décision de la cour reposait plutôt sur les conclusions que Santé Canada en est venu à reconnaître la nécessité de faire d'importantes expurgations et que M n'a soumis aucune preuve directe et objective établissant que les renseignements figurant toujours dans les dossiers étaient de nature confidentielle. Ces deux conclusions étaient axées sur la question de savoir si le contenu des renseignements était accessible au public, ce qui constitue principalement une question de fait. Les observations de M, notamment ses références à la preuve, ne sont d'aucune utilité pour expliquer en quoi le contenu des pages expurgées — dont plusieurs l'ont été de façon importante — est confidentiel compte tenu de la preuve de Santé Canada que les renseignements non retranchés font partie du domaine public et, par conséquent, ne sont pas de nature confidentielle. En ce qui concerne la mise en forme et la structure des présentations de drogue nouvelle, celles-ci ne sont pas visées par l'exception en matière de renseignements confidentiels. En général, comme c'est le cas en l'espèce, la façon de présenter les renseignements ou la structure et l'ordonnancement précis des parties d'un document doivent être conformes à des lignes directrices accessibles au public, bien qu'il faille tenir compte de la nature des renseignements et de la preuve au dossier pour déterminer si l'exception s'applique ou non. Il faut également rejeter l'argument de M selon lequel le fait même qu'elle

already in the public domain as a result of the publication of the Product Monograph (a scientific document which contains the information for safe and effective use of the drug) and other documents. While the possibility of establishing a claim of this nature in cases where the evidence supports it cannot be foreclosed, the evidence does not support it here.

Third, the exemption in s. 20(1)(c) applies if disclosure could reasonably be expected to harm the third party. The test to establish the degree of likelihood that harm will result from disclosure is “a reasonable expectation of probable harm”. This long-accepted formulation is intended to capture that, while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. The important objective of access to information would be thwarted by a mere possibility of harm standard. Exemption from disclosure should not be granted on the basis of fear of harm that is fanciful, imaginary or contrived. There is no reason to reformulate the test. As to whether it is possible that disclosing information already in the public domain can cause harm, publicly available information is generally not exempt information under the harm test. It may, however, be possible in some cases to show that the way in which publicly available information has been compiled for a particular purpose is not, itself, publicly known, giving rise to the risk of harm by disclosure. Information, not already public, that is shown to give competitors a head start in developing competing products, or to give them a competitive advantage in future transactions may, in principle, meet the requirements of s. 20(1)(c). The evidence must convince the reviewing court that there is a direct link between the disclosure and the apprehended harm and that the harm could reasonably be expected to ensue from disclosure. Disclosure of information such as dates, numbering and location of information within a new drug submission or the manner of its presentation, as well as lists of studies or acknowledgement that certain studies have been consulted, and information about how the regulatory process works, usually does not give rise to the necessary expectation of harm

a énuméré, dans ses présentations de drogue nouvelle, certains articles et études faisant déjà partie du domaine public constitue un renseignement de nature confidentielle au motif que cela laisse entendre à ses concurrents qu'elle s'est fondée sur ceux-ci. Il ressort du dossier que c'est M elle-même qui a proposé que des copies de tous les articles publiés qui ont été mentionnés dans les présentations soient fournies au demandeur. De plus, le fait que M avait fait référence à plusieurs études était déjà de notoriété publique en raison de la publication de la monographie de produit (document scientifique qui contient les renseignements permettant d'utiliser la drogue de manière sûre et efficace) et d'autres documents. Bien qu'il ne faille pas exclure la possibilité que le bien-fondé d'un tel argument soit établi dans certains cas où il est étayé par la preuve, la preuve en l'espèce est insuffisante à cet égard.

Troisièmement, l'exception prévue à l'al. 20(1)c) s'applique si la divulgation des renseignements risquait vraisemblablement de causer un préjudice au tiers. Le critère pour établir le degré de probabilité qu'un préjudice découle de la divulgation des renseignements visés est celui d'« un risque vraisemblable de préjudice probable ». Cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à savoir que même s'il ne lui incombe pas d'établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produira effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. L'objectif important visé par l'accès à l'information serait mis en échec par la norme de la simple possibilité qu'un préjudice soit causé. Il faut éviter de refuser la divulgation de renseignements sur le fondement d'une crainte de préjudice qui est fantaisiste, imaginaire ou forcée. Il n'y a aucune raison de reformuler le critère. En ce qui concerne la question de savoir s'il est possible que la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public puisse causer un préjudice, les renseignements accessibles au public ne sont généralement pas des renseignements soustraits à la divulgation selon le critère du préjudice. Toutefois, il peut être possible dans certains cas d'établir que la façon dont des renseignements accessibles au public ont été compilés à une fin particulière n'est pas elle-même de notoriété publique, ce qui pose le risque que la divulgation cause un préjudice. La divulgation de renseignements qui n'ont pas déjà été rendus publics et dont on démontre la longueur d'avance qu'ils confèrent à la concurrence dans le développement de produits concurrents, ou l'avantage concurrentiel qu'ils offrent à cette dernière en ce qui concerne des opérations à venir, peut, en principe, satisfaire aux conditions prévues à l'al. 20(1)c). La preuve doit convaincre la cour siégeant en révision qu'il existe un lien direct entre la divulgation

or competitive prejudice required in s. 20(1)(c). In this case, while Health Canada applied an unduly onerous test of probability of harm, a review of M's submissions and evidence confirms the Court of Appeal's intervention was nevertheless justified. Health Canada's evidence that virtually all of the unredacted information in issue was in the public domain was largely unanswered by M and it did not provide evidence showing how the disclosure of the redacted form of the information could reasonably be expected to give rise to the harm and prejudice it claimed. Moreover, M's submission that the release of some of the information could give an inaccurate perception of the product's safety cannot be accepted. Courts have often — and rightly — been sceptical about claims that the public misunderstanding of disclosed information will inflict harm. Refusing to disclose information for fear of public misunderstanding undermines the fundamental purpose of access to information legislation; the public should have access to information so that they can evaluate it for themselves.

Finally, the Court of Appeal's disposition of the s. 25 issue should be affirmed. M did not provide any submissions and the reviewing judge failed to explain why non-exempt material could not reasonably be severed and disclosed as required under s. 25. The Court of Appeal was obliged to intervene, although it erred to the extent it faulted the reviewing judge for having substituted his view for that of the institutional head. The reviewing judge was required to consider whether the institutional head had properly applied s. 25. The heart of the s. 25 exercise is determining when material subject to the disclosure obligation can reasonably be severed from exempt material. Severance will be reasonable only if disclosure of the unexcised portions of the record would reasonably fulfill the purposes of the Act, having regard to whether what is left after excising exempted material has any meaning and whether the effort of redaction by the government institution is justified by the benefits of severing and disclosing the remaining information. Where severance leaves only

des renseignements et le préjudice appréhendé et que la divulgation risque vraisemblablement de causer ce préjudice. La divulgation de renseignements tels que les dates, la numérotation et la partie d'une présentation de drogue nouvelle où se trouvent les renseignements, la façon dont elle est présentée, les listes d'études ou la déclaration que certaines études ont été consultées, ainsi que les renseignements au sujet du fonctionnement du processus réglementaire ne suscite habituellement pas le risque nécessaire en matière de préjudice ou de perte de compétitivité qu'exige l'al. 20(1)(c). En l'espèce, bien que Santé Canada ait appliqué un critère trop exigeant pour apprécier la probabilité qu'un préjudice soit causé, l'examen des arguments de M et de la preuve confirme que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était néanmoins justifiée. La preuve de Santé Canada que la quasi-totalité des renseignements non retranchés des pages en litige faisait partie du domaine public n'a pas, pour l'essentiel, été réfutée par M, et celle-ci n'a produit aucun élément de preuve démontrant en quoi la divulgation des renseignements sous leur forme expurgée risquait vraisemblablement de causer le préjudice qu'elle invoquait. En outre, l'argument de M que la divulgation de certains des renseignements pourrait donner une impression erronée quant à l'innocuité du produit ne saurait être retenu. Les tribunaux ont souvent — et avec raison — accueilli avec scepticisme les allégations que la mauvaise compréhension, par le public, des renseignements divulgués sera préjudiciable au tiers. Refuser de divulguer des renseignements par crainte que le public les comprenne mal compromettrait l'objet fondamental de la législation en matière d'accès à l'information; il s'agit de permettre aux membres du public de prendre connaissance des renseignements pour qu'ils puissent eux-mêmes les apprécier.

Enfin, il convient de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale relativement à l'art. 25. M n'a présenté aucun argument, et le juge siégeant en révision, aucun raisonnement, expliquant pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés et divulgués sans que cela ne pose de problèmes sérieux, comme l'exige l'art. 25. La Cour d'appel fédérale se devait d'intervenir, bien qu'elle ait commis une erreur dans la mesure où elle a reproché au juge siégeant en révision d'avoir substitué son avis à celui du responsable de l'institution. Le juge siégeant en révision était tenu de décider si le responsable de l'institution avait appliqué correctement l'art. 25. Selon l'art. 25, il faut essentiellement relever les parties du document soustrait à la communication qui peuvent, elles, être communiquées et dont le prélèvement ne pose pas de problèmes sérieux. Le prélèvement n'est raisonnable que si la divulgation des passages du document n'ayant pas été retranchés remplissait raisonnablement les objectifs de la Loi, ce qui dépend des questions de savoir si ce qu'il reste après

disconnected snippets of releasable information, disclosure of that type of information does not fulfill the purpose of the Act and severance is not reasonable.

Per Deschamps, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The Federal Court judge reviewing the decision of the head of an institution pursuant to s. 44 of the Act discharges a function similar to a trial judge. An appellate court must defer to a trial judge's findings on questions of fact as well as on questions of mixed fact and law. The standard to be applied on such questions, per *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, is that of a palpable and overriding error. Deferring to trial judges' findings where it is appropriate to do so ensures that judicial resources are used efficiently, enhances access to justice and is consistent with the institutional role of the appellate court. Here, the reviewing judge's findings on the exemptions are fact-based or bear on questions of mixed fact and law, so deference is owed to them. No palpable and overriding error can be found in his judgments. While one may disagree with the result, the judge's conclusions can easily be explained by referring both to his reasons and to the parties' submissions. This Court ought not to be conducting the kind of technical review which is required in order to determine whether information qualifies for an exemption from disclosure under the Act. The size of the record, the time allotted to the parties to argue their cases in this Court, and the Court's institutional role are all factors that militate against reviewing the facts in minute detail. The deferential approach dictated by *Housen* is more consistent with this Court's role. The reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line, or even page-by-page explanation for his or her decision. The Federal Court of Appeal erred in retrying the case.

Cases Cited

By Cromwell J.

Discussed: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; **referred to:** *Dagg v. Canada*

que les renseignements soustraits à la divulgation ont été retranchés du document a un sens, et s'il ressort que les avantages qu'il y a à prélever et divulguer les renseignements restants à la suite du processus d'expurgation justifient les efforts déployés par l'institution fédérale en vue d'expurger le document. Dans les cas où il ne reste que des bribes de renseignements pouvant être divulgués à la suite du prélèvement, la divulgation de ces renseignements ne remplit pas l'objet de la Loi, et le prélèvement n'est pas raisonnable.

Les juges Deschamps, Abella et Rothstein (dissidents) : Le juge de la Cour fédérale qui révisé la décision du responsable d'une institution dans le cadre de l'art. 44 de la Loi exerce une fonction qui s'apparente à celle d'un juge de première instance. Les cours d'appel doivent faire preuve de déférence envers les conclusions tirées par les juges de première instance tant à l'égard des questions de fait que des questions mixtes de fait et de droit. La norme qu'il convient d'appliquer à ces questions, selon *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, est celle de l'erreur manifeste et dominante. Faire preuve de déférence envers les conclusions des juges de première instance, lorsqu'il y a lieu, permet une utilisation efficace des ressources judiciaires, facilite l'accès à la justice et correspond au rôle institutionnel des cours d'appel. En l'espèce, les conclusions du juge siégeant en révision relativement aux exceptions reposent sur les faits ou portent sur des questions mixtes de fait et de droit, et il faut donc faire preuve de déférence à leur égard. Ses jugements ne comportent aucune erreur manifeste et dominante. Quelqu'un peut être en désaccord avec le résultat, mais il n'en demeure pas moins qu'on peut facilement expliquer les conclusions du juge en faisant référence tant à ses motifs qu'aux observations des parties. La Cour ne devrait pas procéder à l'examen technique nécessaire pour déterminer si tel ou tel renseignement est visé ou non par une quelconque exception à la règle de la divulgation prévue par la Loi. L'ampleur du dossier, le temps alloué aux parties pour présenter leurs arguments devant notre Cour ainsi que le rôle institutionnel de celle-ci sont tous des facteurs qui indiquent qu'il n'y a pas lieu de décortiquer les faits. La démarche empreinte de déférence qu'impose *Housen* correspond davantage au mandat de la Cour. Le juge siégeant en révision ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige. La Cour d'appel fédérale a commis une erreur en jugeant de nouveau l'affaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt analysé : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :**

(*Minister of Finance*), [1997] 2 S.C.R. 403; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, aff'd (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 305; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1422 (CanLII); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Twinn v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 368, aff'd (1987), 80 N.R. 263; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113; *Maislin Industries Ltd. v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 189 (CanLII) (supplementary reasons 2005 FC 648 (CanLII)), aff'd 2006 FCA 241, 353 N.R. 84; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *R. I. Crain Ltd. v. Ashton*, [1949] O.R. 303, aff'd [1950] O.R. 62; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, aff'g 2005 FC 1633 (CanLII); *Les viandes du Breton Inc. v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2006 FC 335 (CanLII); *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2004 FCA 214, 322 N.R. 388; *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, conf. par 2000 CanLII 15487; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1422 (CanLII); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368, conf. par [1987] A.C.F. n° 834 (QL); *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1994] A.C.F. n° 1059 (QL); *Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 189 (CanLII) (motifs supplémentaires 2005 CF 648 (CanLII)), conf. par 2006 CAF 241 (CanLII); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (QL); *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *R. I. Crain Ltd. c. Ashton*, [1949] O.R. 303, conf. par [1950] O.R. 62; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL), conf. 2005 CF 1633 (CanLII); *Viandes du Breton Inc. c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, 2006 CF 335 (CanLII); *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1990] A.C.F. n° 81 (QL); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services*

Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Information Commissioner (Can.) v. Immigration and Refugee Board (Can.)* (1997), 140 F.T.R. 140; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856; *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584; *Watt v. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII); *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health & Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 161 F.T.R. 15, aff'd [2000] 3 F.C. 360; *Wells v. Canada (Minister of Transport)* (1995), 103 F.T.R. 17; *Culver v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 1999 CanLII 8959; *Bitove Corp. v. Canada (Minister of Transport)* (1996), 119 F.T.R. 278; *Coradix Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2006 FC 1030, 307 F.T.R. 116; *Canada Post Corp. v. National Capital Commission*, 2002 FCT 700, 221 F.T.R. 56; *Aventis Pasteur Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1371, 262 F.T.R. 73; *Prud'homme v. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302; *Coopérative fédérée du Québec v. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205; *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*, 2007 FCA 289, 368 N.R. 279; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143.

By Deschamps J. (dissenting)

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610; *Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 SCC 77, [2005] 3 S.C.R. 645; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission)*, 2007 FCA 272, [2008] 2 F.C.R. 509; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 300 N.R. 179; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Health)*, 2002 FCA 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)*, 2007 FCA 397, 77 Admin. L.R. (4th) 1;

gouvernementaux), 2004 CAF 214 (CanLII); *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. n° 1812 (QL); *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856; *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584; *Watt c. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII); *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 950 (QL); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 1998 CanLII 8942, conf. par [2000] 3 C.F. 360; *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. n° 1447 (QL); *Culver c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 1999 CanLII 8959; *Bitove Corp. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1996] A.C.F. n° 1198 (QL); *Coradix Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1030 (CanLII); *Société canadienne des postes c. Commission de la capitale nationale*, 2002 CFPI 700 (CanLII); *Aventis Pasteur Liée c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1371 (CanLII); *Prud'homme c. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302; *Coopérative fédérée du Québec c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205; *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2007 CAF 289 (CanLII); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)*, 2007 CAF 272, [2008] 2 R.C.F. 509; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37 (CanLII); *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, 2002 CAF 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, 2007 CAF 397 (CanLII);

3430901 *Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 “third party”, 4, 13 to 28, 41, 42, 44, 45, 46, 50, 51, Schedule II.
Access to Information Act Extension Order, No. 1, SOR/89-207.
Act respecting access to documents held by public bodies and the Protection of personal information, R.S.Q., c. A-2.1.
Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, ss. 25, 29.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 11(1), 74.11(4).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25.1(9), 382.1(2).
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. C.01.017, C.08.002.
Food and Drug Regulations, amendment, SOR/95-411.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31.
Insurance Companies Act, S.C. 1991, c. 47, s. 294(6).
Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection), SOR/2006-241.
Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5 [formerly *Official Secrets Act*], s. 19(4) [ad. 2001, c. 41, s. 29].

International Documents

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1869 U.N.T.S. 3), art. 39.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2, art. 1711.

Authors Cited

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

3430901 *Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL); *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 25.1(9), 382.1(2).
Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information), DORS/89-207.
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, art. 25, 29.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2(1), 3 « tiers », 4, 13 à 28, 41, 42, 44, 45, 46, 50, 51, annexe II.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31.
Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11(1), 74.11(4).
Loi sur la protection de l'information, L.R.C. 1985, ch. 0-5 [auparavant la *Loi sur les secrets officiels*], art. 19(4) [aj. 2001, ch. 41, art. 29].
Loi sur les sociétés d'assurances, L.C. 1991, ch. 47, art. 294(6).
Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données), DORS/2006-241.
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.01.017, C.08.002.
Règlement sur les aliments et drogues — Modification, DORS/95-411.

Documents internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2, art. 1711.
Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1869 R.T.N.U. 3), art. 39.

Doctrine et autres documents cités

Bastarache, Michel, et autres. *Le droit de l'interprétation bilingue*. Montréal : LexisNexis, 2009.

Brandeis, Louis D. “What Publicity Can Do”, *Harper’s Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.

Canada. Health Canada. *Therapeutic Products Programme Guideline — Preparation of Human New Drug Submissions*. Ottawa: The Department, 1991.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “expect”, “likely”.

Doray, Raymond, et François Charette. *Accès à l’information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2010, envoi n° 20).

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Hughes, Roger T., Dino P. Clarizio and Neal Armstrong. *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2011, release 25).

Parisien, Serge. *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Vaver, David. “Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Noël and Pelletier J.J.A.), 2009 FCA 166, 400 N.R. 1, [2009] F.C.J. No. 627 (QL), 2009 CarswellNat 5226, reversing the decisions of Beaudry J., 2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241, 59 C.P.R. (4th) 312, [2006] F.C.J. No. 1504 (QL), 2006 CarswellNat 5635, and 2006 FC 1201 (CanLII), [2006] F.C.J. No. 1505 (QL), 2006 CarswellNat 5644. Appeals dismissed, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

Catherine Beagan Flood and Patrick Kergin, for the appellant.

Bernard Letarte and René LeBlanc, for the respondent.

Anthony G. Creber and John Norman, for the intervenor.

Brandeis, Louis D. « What Publicity Can Do », *Harper’s Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.

Canada. Santé Canada. *Directives du Programme des produits thérapeutiques — Préparation d’une présentation de drogue nouvelle à usage humain*. Ottawa : Le ministère, 1991.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « expect », « likely ».

Doray, Raymond, et François Charette. *Accès à l’information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2010, envoi n° 20).

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Hughes, Roger T., Dino P. Clarizio and Neal Armstrong. *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2011, release 25).

Parisien, Serge. *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1993.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Vaver, David. « Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 253.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Desjardins, Noël et Pelletier), 2009 CAF 166, 400 N.R. 1, [2009] A.C.F. n° 627 (QL), 2009 CarswellNat 1532, qui a infirmé les décisions du juge Beaudry, 2006 CF 1200, 301 F.T.R. 241, 59 C.P.R. (4th) 312, [2006] A.C.F. n° 1504 (QL), 2006 CarswellNat 3191, et 2006 CF 1201 (CanLII), [2006] A.C.F. n° 1505 (QL), 2006 CarswellNat 3316. Pourvois rejetés, les juges Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents.

Catherine Beagan Flood et Patrick Kergin, pour l’appellante.

Bernard Letarte et René LeBlanc, pour l’intimé.

Anthony G. Creber et John Norman, pour l’intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Cromwell JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Overview

[1] Broad rights of access to government information serve important public purposes. They help to ensure accountability and ultimately, it is hoped, to strengthen democracy. “Sunlight”, as Louis Brandeis put it so well, “is said to be the best of disinfectants” (“What Publicity Can Do”, *Harper’s Weekly*, December 20, 1913, 10, at p. 10).

[2] Providing access to government information, however, also engages other public and private interests. Government, for example, collects information from third parties for regulatory purposes, information which may include trade secrets and other confidential commercial matters. Such information may be valuable to competitors and disclosing it may cause financial or other harm to the third party who had to provide it. Routine disclosure of such information might even ultimately discourage research and innovation. Thus, too single-minded a commitment to access to this sort of government information risks ignoring these interests and has the potential to inflict a lot of collateral damage. There must, therefore, be a balance between granting access to information and protecting these other interests in relation to some types of third party information.

[3] The need for this balance is well illustrated by these appeals. They arise out of requests for information which had been provided to government by a manufacturer as part of the new drug approval process. In order to get approval to market new drugs, innovator pharmaceutical companies, such as the appellant Merck Frosst Canada Ltd. (“Merck”), are required to disclose a great deal of information to the government regulator, the respondent Health Canada, including a lot of material that they, with

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Charron et Cromwell rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Aperçu

[1] Les droits généraux en matière d'accès aux documents de l'administration fédérale servent des fins importantes d'ordre public. Ils contribuent à assurer la reddition de comptes et en bout de ligne renforcent, souhaitons-le, la démocratie. Comme l'a si bien exprimé Louis Brandeis, [TRADUCTION] « [l]a lumière du soleil est, dit-on, le meilleur des désinfectants » (« What Publicity Can Do », *Harper’s Weekly*, 20 décembre 1913, 10, p. 10).

[2] Par contre, l'accès aux documents de l'administration fédérale met aussi en jeu d'autres intérêts publics et privés. Par exemple, l'administration recueille auprès de tiers, à des fins réglementaires, des renseignements qui peuvent comprendre des secrets industriels et d'autres renseignements commerciaux de nature confidentielle. Pareils renseignements peuvent avoir une certaine valeur pour les concurrents du tiers qui les a fournis et leur divulgation risque parfois de causer un préjudice financier ou autre à ce dernier. Leur divulgation systématique pourrait même en venir à décourager la recherche et l'innovation. La volonté obstinée de communiquer de tels documents risque par conséquent de faire abstraction de ces intérêts et de causer indirectement bien des dommages. Il doit donc y avoir un équilibre entre l'accès à l'information et la protection de ces autres intérêts dans le cas de certains types de renseignements de tiers.

[3] Les présents pourvois, qui illustrent bien la nécessité d'atteindre cet équilibre, découlent de demandes visant à obtenir des renseignements qu'un fabricant avait fournis à l'administration fédérale dans le cadre du processus d'approbation des drogues nouvelles. Pour obtenir l'autorisation de mettre en marché des drogues nouvelles, les sociétés pharmaceutiques innovatrices, telle l'appelante, Merck Frosst Canada Ltée (« Merck »), doivent fournir une grande quantité de renseignements à l'autorité

good reason, do not want to fall into their competitors' hands. But competitors, like everyone else in Canada, are entitled to the disclosure of government information under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("Act" or "ATI").

[4] The Act strikes a careful balance between the sometimes competing objectives of encouraging disclosure and protecting third party interests. While the Act requires government institutions to make broad disclosure of information, it also provides exemptions from disclosure for certain types of third party information, such as trade secrets or information the disclosure of which could cause economic harm to a third party. It also provides third parties with procedural protections. These appeals concern how the balance struck by the legislation between disclosure and protection of third parties should be reflected in the interpretation and administration of that legislation.

[5] Health Canada received access to information requests relating to certain new drug submissions made to it by Merck. A series of disputes then arose between Merck, a third party to the requests, and the Minister of Health about what information had to be disclosed and what was exempt from disclosure. An avalanche of paperwork and court proceedings ensued. No fewer than five proceedings before the Federal Courts, generating a record of some 67 bound volumes of material, have brought the parties to this Court. At issue are the interpretation and application of several provisions of the Act that govern the disclosure or non-disclosure of third party confidential commercial information.

[6] Merck says that the balance has swung too far in favour of disclosure, both in the way the Act was administered by Health Canada and in the way it was interpreted by the Federal Court of Appeal. Merck has three main complaints. First, it says

de réglementation du gouvernement, l'intimé, Santé Canada, y compris beaucoup de documents qu'elles ne souhaitent pas, avec raison, voir aboutir entre les mains de leurs concurrents. Or, les concurrents, comme toute autre personne au Canada, ont droit à la divulgation de renseignements de l'administration fédérale en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« Loi »).

[4] La Loi établit le juste équilibre entre des objectifs parfois contradictoires, à savoir encourager la communication de l'information tout en protégeant les intérêts des tiers. Bien que la Loi oblige les institutions fédérales à divulguer une grande partie de leurs renseignements, elle soustrait à la divulgation certains types de renseignements provenant de tiers, tels les secrets industriels et les renseignements dont la divulgation pourrait causer un préjudice économique à un tiers. Elle accorde aussi aux tiers des garanties procédurales. Les présents pourvois portent sur la façon dont l'équilibre établi par la législation entre la divulgation de renseignements et la protection des tiers doit se refléter dans l'interprétation et l'application de celle-ci.

[5] Santé Canada a reçu des demandes d'accès à l'information concernant certaines présentations de drogue nouvelle faites par Merck. Une série de différends sont survenus par la suite entre Merck, un tiers en ce qui concerne les demandes, et le ministre de la Santé sur la question de savoir quels renseignements étaient assujettis à l'obligation de divulgation et quels renseignements y étaient soustraits. Il s'en est ensuivi une avalanche de paperasses et de procédures judiciaires. Pas moins de cinq procédures devant les cours fédérales, à l'origine d'un dossier de quelque 67 volumes de documents, ont amené les parties devant notre Cour. Le litige porte sur l'interprétation et l'application de plusieurs dispositions de la Loi qui régissent la divulgation ou la non-divulgation, selon le cas, de renseignements commerciaux confidentiels de tiers.

[6] Merck soutient que l'équilibre atteint par la Loi favorise indûment la divulgation, et ce tant dans la façon dont Santé Canada a appliqué la Loi que dans l'interprétation que lui a donnée la Cour d'appel fédérale. Merck se plaint de trois choses.

that Health Canada failed to give it notice and an opportunity to make objections before disclosing some of its confidential information. This complaint raises issues about the threshold under the Act for giving third parties notice before disclosing their information. Second, Merck says that Health Canada failed to conduct an adequate review of the information before making its initial decision that the information was subject to disclosure. The effect of this, Merck claims, is that Health Canada effectively shifted its statutory obligations onto it, resulting in Merck having to expend extensive human and financial resources to deal with the access to information requests. In short, the process itself inflicted undue commercial injury. This point requires analysis of the nature of the government institution's duties under the Act and the role of the third party when it claims exemption for the information sought. Third, Merck contends that both Health Canada and the Federal Court of Appeal held it to too onerous a standard of proof that the information was exempt. This contention requires an examination of the burden and standard of proof on a third party claiming exemptions from disclosure.

[7] In addition to these main points, Merck also submits that the Federal Court of Appeal applied the wrong standard of appellate review and misapplied the provisions relating to the disclosure of information that can be reasonably severed from exempt material in the same record.

[8] Although my view is that Merck's appeals should be dismissed, there is nonetheless some merit to its complaints. I will take the opportunity the case provides to set out my understanding of when notice must be given to a third party, what the role of the government institution is in applying the third party exemptions and what are the applicable standards and burdens of proof in relation to them. I will address the standard of review on appeal and

Premièrement, elle dit que Santé Canada ne lui a pas donné de préavis ni de possibilité de formuler des objections avant de divulguer une partie des renseignements de nature confidentielle qu'elle lui avait fournis. Cette plainte soulève des questions au sujet du seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation légale du responsable de l'institution d'aviser les tiers avant de divulguer des renseignements fournis par ces derniers. Deuxièmement, selon Merck, Santé Canada n'a pas examiné convenablement les renseignements avant de prendre sa décision initiale qu'ils pouvaient être divulgués. Merck prétend qu'en procédant ainsi Santé Canada s'est trouvé à lui transférer ses obligations légales, ce qui l'a contrainte à consacrer énormément de ressources humaines et financières pour traiter les demandes d'accès à l'information. Bref, le processus lui-même lui aurait causé un préjudice commercial indu. Cet argument appelle une analyse de la nature des obligations légales de l'institution fédérale et du rôle qui incombe au tiers qui soutient que les renseignements en cause sont visés par une exception. Troisièmement, Merck prétend que Santé Canada et la Cour d'appel fédérale l'ont obligée à s'acquitter d'un fardeau de preuve trop lourd à cet égard. Cette prétention appelle un examen du fardeau et de la norme de preuve qui incombent au tiers qui invoque des exceptions pour s'opposer à la divulgation de certains renseignements.

[7] Outre ces arguments principaux, Merck fait valoir que la Cour d'appel fédérale a appliqué la mauvaise norme de contrôle en appel et qu'elle s'est trompée en appliquant les dispositions en matière de divulgation des renseignements qui peuvent être prélevés, sans poser de problèmes sérieux, des documents soustraits à la communication.

[8] Bien que je sois d'avis de rejeter les pourvois de Merck, j'estime néanmoins que ses plaintes sont en partie fondées. Je profiterai de l'occasion que m'offre la présente affaire pour exposer mon avis sur les circonstances dans lesquelles il faut donner un préavis au tiers intéressé, sur le rôle qui incombe à l'institution fédérale dans l'application des exceptions relatives aux tiers ainsi que sur les normes et les fardeaux de preuve qui

how the severance provisions should be applied. Finally, I will deal with the specific rulings about the numerous pages of information still in contention. The main challenge of the appeals is to determine how to interpret and apply the Act so that it strikes the balance Parliament intended between broad rights of access and protection of third party information.

[9] A good deal of background is required in order to understand the precise issues before the Court, which I will provide in the following section.

II. Facts, Proceedings and Issues

[10] The case arises out of two access to information requests made with respect to information submitted by Merck to Health Canada in the course of seeking approval to market two products.

[11] Merck applied to obtain approval to market Singulair®, an asthma medication, by filing a New Drug Submission (“NDS”) in early 1997. To obtain Health Canada’s approval, Merck had to make full and frank disclosure of all of its knowledge and information about the drug. Approval was granted approximately a year and a half later and, as a result, the drug was marketed and sold in Canada. In 1999, Merck applied for approval of Singulair® in a 4-mg dose that would extend the permitted indications for the drug to patients two to five years of age. This required the submission of a Supplementary New Drug Submission (“SNDS”). An SNDS is submitted to request the authorization to market a drug that has already been approved and for which certain changes have been made, for instance and as in this case, proposing a new dosage. This process of approval, as with an NDS, required Merck to submit a great deal of

s’appliquent à ces exceptions. Je discuterai également de la norme de contrôle en appel et de la façon dont il convient d’appliquer les dispositions en matière de prélèvement de renseignements. Enfin, je traiterai des décisions qui ont été prises relativement aux nombreuses pages de renseignements toujours en litige. Le plus grand défi que posent les pourvois consiste à déterminer comment il faut interpréter et appliquer la Loi de manière à établir l’équilibre recherché par le législateur entre les droits généraux en matière d’accès à l’information et la protection des renseignements de tiers.

[9] Il faut bien connaître le contexte dans lequel s’inscrit la présente affaire pour comprendre les questions précises dont la Cour est saisie. C’est pourquoi je le décrirai en détail dans la prochaine partie.

II. Les faits, l’historique procédural et les questions en litige

[10] Le litige découle de deux demandes d’accès à l’information visant des renseignements que Merck a fournis à Santé Canada en vue d’obtenir l’autorisation de mettre en marché deux produits.

[11] Merck a sollicité l’autorisation de mettre en marché le Singulair®, un médicament contre l’asthme, en déposant une présentation de drogue nouvelle (« PDN ») au début de 1997. Pour obtenir l’approbation de Santé Canada, Merck devait divulguer tout ce qu’elle savait à propos de la drogue ainsi que tous les renseignements dont elle disposait au sujet de celle-ci. Elle a obtenu cette approbation près d’un an et demi plus tard. La drogue a donc été mise en marché et vendue au Canada. En 1999, Merck a demandé l’approbation d’une dose de 4 mg de Singulair® qui permettrait d’en étendre la posologie autorisée aux patients âgés d’au moins deux ans, mais de pas plus de cinq ans. Pour ce faire, elle a dû déposer une présentation supplémentaire de drogue nouvelle (« PSDN »). On dépose une PSDN pour demander l’autorisation de mettre en marché une drogue déjà approuvée à l’égard de laquelle certaines modifications ont été apportées, par exemple

information. The new dosage was approved and the drug marketed.

[12] In due course, Health Canada received access to information requests relating to both Merck's NDS and SNDS. With respect to the NDS, the requester sought access to the Notice of Compliance, the Comprehensive Summary, the Health Canada reviewers' notes, and the correspondence between Health Canada and Merck. With respect to the SNDS, the requester asked for all releasable records.

[13] As we shall see, these access to information requests led to lengthy exchanges between Merck and Health Canada about how Health Canada was processing them and what documents were or were not subject to disclosure, leading ultimately to extensive court proceedings.

[14] These appeals engage two quite complex legislative and regulatory schemes, one relating to new drug approval and the other to access to information. I will, therefore, briefly outline these schemes. I will then set out a brief account of how Health Canada addressed the access to information requests, a brief summary of the ensuing court proceedings in the Federal Courts leading to the appeals to this Court and a statement of the precise issues that must be resolved.

A. *The New Drug Approval Process*

[15] To seek approval to market a new drug in Canada, Merck was required to file an NDS which must comply with the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.002. This submission is a comprehensive disclosure of all of Merck's information on the new drug. Amongst other things, it

pour proposer une nouvelle posologie, comme c'est le cas en l'espèce. Ce processus d'approbation obligeait Merck à fournir une grande quantité de renseignements, comme dans le cas d'une PDN. La nouvelle posologie a été approuvée, et la drogue mise en marché sous cette forme.

[12] Santé Canada a éventuellement reçu des demandes d'accès à l'information visant à la fois la PDN et la PSDN de Merck. Pour ce qui est de la PDN, le demandeur souhaitait obtenir l'avis de conformité, le sommaire général, les notes des examinateurs de Santé Canada et la correspondance entre Santé Canada et Merck. Pour ce qui est de la PSDN, le demandeur souhaitait obtenir tous les documents pouvant être communiqués.

[13] Comme nous le verrons plus loin, ces demandes d'accès à l'information ont mené à de longs échanges entre Merck et Santé Canada sur la façon dont Santé Canada traitait ces dernières et sur la question de savoir quels documents pouvaient être communiqués au demandeur et quels documents ne pouvaient pas l'être, ce qui a donné lieu en bout de ligne à de longues procédures judiciaires.

[14] Les présents pourvois portent sur deux régimes législatifs et réglementaires plutôt complexes : l'un d'eux vise l'approbation des drogues nouvelles et l'autre, l'accès à l'information. Je décrirai brièvement ces régimes, puis j'expliquerai de façon succincte comment Santé Canada a traité les demandes d'accès à l'information. Enfin, je ferai un court résumé des procédures devant les cours fédérales auxquelles ces demandes ont donné lieu et qui sont à l'origine des présents pourvois, avant d'énoncer les questions précises que notre Cour est appelée à trancher.

A. *Le processus d'approbation des drogues nouvelles*

[15] Pour demander l'autorisation de mettre en marché une drogue nouvelle au Canada, Merck devait déposer une PDN conformément à l'art. C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. Cette présentation constituait une divulgation complète de tous les renseignements

must submit a list of ingredients, the details of the methods of manufacture, details of the tests to be applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug, and detailed reports of the tests made to establish safety. Some of this information is made public upon approval of the new drug. Merck was also required to submit a statement of all representations to be made for the promotion of the new drug respecting the administration of the proposed dosage, the claims to be made and the contra-indication and side effects of the new drug.

[16] Health Canada has issued quite detailed guidelines for the preparation of new drug submissions. The submission is to be in five main parts:

Part 1 — Master Volume;

Part 2 — Chemistry and Manufacturing, which sets out detailed information about the drug substance;

Part 3 — Comprehensive Summary, which sets out investigational studies relating to pharmacology, toxicology, microbiology, published and unpublished investigational articles, clinical studies and research and development of the drug. The Comprehensive Summary is the heart of the NDS, consisting of factual, concise descriptions of the methodology, results, conclusions and evaluations of the relevant investigational animal and clinical human studies;

Part 4 — Sectional Reports detailing investigational and clinical studies; and

Part 5 — Raw data from preclinical and clinical studies.

(Therapeutic Products Programme Guideline — Preparation of Human New Drug Submissions (1991))

dont disposait Merck au sujet de la drogue. Merck devait notamment fournir une liste des ingrédients, les détails des procédés de fabrication, les détails des analyses à faire pour contrôler l'activité, la pureté, la stabilité et l'innocuité de la drogue, ainsi que des comptes rendus détaillés des analyses qui avaient été faites pour établir l'innocuité de celle-ci. Certains de ces renseignements sont rendus publics une fois la drogue approuvée. Merck devait aussi remettre une déclaration de toutes les recommandations qui devaient être faites dans la réclame pour la drogue nouvelle au sujet de l'administration de la posologie proposée, des propriétés attribuées à la drogue ainsi que des contre-indications et des effets secondaires de celle-ci.

[16] Selon les lignes directrices assez détaillées que Santé Canada a publiées au sujet de la préparation des présentations de drogue nouvelle, ces dernières doivent se composer de cinq parties principales :

Partie 1 — Volume principal;

Partie 2 — Chimie et fabrication, partie qui contient des renseignements détaillés sur la substance pharmaceutique;

Partie 3 — Sommaire général, partie qui décrit les travaux de recherche relatifs à la pharmacologie, la toxicologie et la microbiologie, les articles de recherche, publiés ou non, les études cliniques et la recherche qui a été faite relativement à la drogue ainsi que l'élaboration de celle-ci. Le sommaire général est le cœur de la PDN et il contient de courtes descriptions factuelles de la méthodologie, des résultats, des conclusions et des évaluations des études cliniques pertinentes qui ont été faites auprès d'animaux et d'êtres humains;

Partie 4 — Rapports de section, partie qui expose en détail les études cliniques et les travaux de recherche qui ont été faits;

Partie 5 — Données brutes tirées des études précliniques et cliniques.

(Directives du Programme des produits thérapeutiques — Préparation d'une présentation de drogue nouvelle à usage humain (1991))

[17] Once submitted, Health Canada reviews and evaluates this information. This produces what is referred to in the record as “reviewers’ notes”. During the review process, the reviewers of course comment on the information provided and frequently pose questions and seek additional information from the manufacturer. These requests, along with other communications passing between Health Canada and the manufacturer constitute what has been referred to in the record as correspondence. Before this Court, information in three types of documents is at issue: the Comprehensive Summary, the reviewers’ notes and the correspondence.

[18] When all this information has been reviewed by Health Canada, a publicly available Product Monograph will be approved. This is a scientific document which contains the information for safe and effective use of the drug. It is based on data summarized in the Comprehensive Summary and is drafted and redrafted as Health Canada and the manufacturer discuss the product and exchange information. The final Product Monograph may not include all of the information exchanged between the parties. Rather, it is the result of discussions and compromise between them. It is published as part of the Notice of Compliance issued by Health Canada.

[19] An SNDS follows a similar process.

B. Access to Information Legislation and Process

[20] It is useful now to turn to a brief review of the legislative provisions that governed Health Canada’s response to the access to information requests relating to Merck’s NDS and SNDS. I have set out the most relevant provisions of the Act in the Appendix to these reasons.

[21] The purpose of the Act is to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. The Act has three

[17] Ces renseignements doivent être communiqués à Santé Canada pour qu’il en fasse l’analyse et l’étude, d’où résulte ce qu’on appelle dans le dossier les « notes des examinateurs ». Il va de soi qu’au cours de l’analyse les examinateurs commentent les renseignements fournis, posent fréquemment des questions au fabricant et lui demandent des compléments d’information. Ces demandes, auxquelles s’ajoutent les autres communications entre Santé Canada et le fabricant, constituent ce qu’on appelle dans le dossier la correspondance. Le litige que doit trancher notre Cour porte sur l’information contenue dans trois types de documents : le sommaire général, les notes des examinateurs et la correspondance.

[18] Après avoir étudié tous ces renseignements, Santé Canada approuve une monographie de produit accessible au public. Il s’agit d’un document scientifique qui contient les renseignements permettant d’utiliser la drogue de manière sûre et efficace. La monographie de produit repose sur des données résumées dans le sommaire général et elle est rédigée et modifiée à mesure que Santé Canada et le fabricant discutent du produit et échangent des renseignements. Il se peut que la version définitive de la monographie de produit ne contienne pas tous les renseignements échangés entre les parties. Elle constitue plutôt le résultat des discussions qui ont eu lieu entre les parties et du compromis auquel elles sont parvenues. Elle fait partie de l’avis de conformité délivré par Santé Canada.

[19] La PSDN fait l’objet d’un processus similaire.

B. Législation et processus en matière d’accès à l’information

[20] Il est utile à ce stade-ci d’examiner brièvement les dispositions législatives qui régissaient la réponse de Santé Canada aux demandes d’accès à l’information visant la PDN et la PSDN de Merck. Les dispositions de la Loi les plus pertinentes sont reproduites en annexe.

[21] La Loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale. Elle repose sur trois principes directeurs : premièrement, le

guiding principles: first, that government information should be available to the public; second, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific; and third, that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government (s. 2(1)).

[22] In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 61, La Forest J. (dissenting, but not on this point) underlined that the overarching purpose of the Act is to facilitate democracy and that it does this in two related ways: by helping to ensure that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process and that politicians and officials may be held meaningfully to account to the public. This purpose was reiterated by the Court very recently, in the context of Ontario's access to information legislation, in *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815. The Court noted, at para. 1, that access to information legislation "can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society". Thus, access to information legislation is intended to facilitate one of the foundations of our society, democracy. The legislation must be given a broad and purposive interpretation, and due account must be taken of s. 4(1), that the Act is to apply notwithstanding the provision of any other Act of Parliament: *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110, at p. 128; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, at para. 49, aff'd (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 305 (F.C.A.).

[23] Nonetheless, when the information at stake is third party, confidential commercial and related information, the important goal of broad disclosure must be balanced with the legitimate private interests of third parties and the public interest in promoting innovation and development. The Act strikes this balance between the demands of openness and commercial confidentiality in two main ways. First, it affords substantive protection of the

public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; deuxièmement, les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées; troisièmement, les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif (par. 2(1)).

[22] Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 61, le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) a souligné que la Loi a pour objet général de favoriser la démocratie et qu'elle réalise cet objet de deux façons : en aidant à garantir, d'une part, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, d'autre part, que les politiciens et bureaucrates soient véritablement tenus de rendre des comptes à la population. La Cour a répété tout récemment cet objet dans *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, où il était question de la loi ontarienne en matière d'accès à l'information. La Cour a relevé au par. 1 que la législation sur l'accès à l'information « peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique ». Cette législation vise donc à appuyer l'un des fondements de notre société, à savoir la démocratie. Il faut donner à la législation une interprétation large et téléologique, et tenir dûment compte du par. 4(1), selon lequel on doit appliquer la Loi nonobstant toute autre loi fédérale : *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110, p. 128; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, par. 49, conf. par 2000 CanLII 15487 (C.A.F.).

[23] Néanmoins, dans les cas où les renseignements en cause sont ceux d'un tiers et constituent des renseignements commerciaux et connexes de nature confidentielle, il faut concilier, d'une part, l'objectif important de la divulgation large et, d'autre part, les intérêts privés légitimes des tiers ainsi que l'intérêt du public à la promotion de l'innovation et du développement. La Loi atteint cet équilibre entre les impératifs de la transparence et de la confidentialité

information by specifying that certain categories of third party information are exempt from disclosure. Second, it provides procedural protection. The third party whose information is being sought has the opportunity, before disclosure, to persuade the institution that exemptions to disclosure apply and to seek judicial review of the institution's decision to release information which the third party thinks falls within the protected sphere. These appeals raise significant issues about the interpretation of the substantive protections as well as about how the procedural protections should operate.

[24] I turn now to a brief overview of the most directly relevant provisions of the Act. Section 4 (as extended by the *Access to Information Act Extension Order, No. 1*, SOR/89-207) sets out the right of persons and corporations present in Canada to have, on request, “access to any record [defined to mean any documentary material regardless of medium or form] under the control of a government institution” (s. 4(1)). This right is accorded “[s]ubject to this Act” and, for present purposes, the important qualification of the right is found in s. 20. It sets out the exemptions relating to third party information. (A “third party” is defined to be a person, group of persons or organization other than the requester or a government institution (s. 3).) Subsection 20(1) provides that the government institution has a duty to refuse to disclose certain categories of third party information. The subsection, as material to these appeals, read as follows at the relevant time:

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and

en matière commerciale essentiellement de deux façons. Premièrement, elle assure la protection substantielle de l'information en précisant que certains types de renseignements de tiers sont soustraits à la divulgation. Deuxièmement, elle accorde une protection procédurale aux tiers. En effet, le tiers dont les renseignements font l'objet d'une demande peut, avant leur divulgation, tenter de convaincre l'institution que des exceptions s'appliquent dans son cas et solliciter le contrôle judiciaire de la décision de l'institution de divulguer les renseignements qui, selon lui, sont soustraits à la divulgation. Les présents pourvois soulèvent des questions importantes quant à l'interprétation des protections substantielles et la façon dont il convient d'appliquer les protections procédurales.

[24]. Je donnerai maintenant un bref aperçu des dispositions de la Loi les plus directement pertinentes. L'article 4 (dont la portée a été étendue par le *Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information)*, DORS/89-207) prévoit que les personnes physiques et les personnes morales qui sont présentes au Canada ont droit, sur demande, « à l'accès aux documents [définis comme s'entendant d'éléments d'information, quel qu'en soit le support] relevant d'une institution fédérale » (par. 4(1)). Ce droit est accordé « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi » et, dans le contexte qui nous occupe, la limite importante qui y est apportée se trouve à l'art. 20, qui prévoit les exceptions applicables aux renseignements de tiers. (Le « tiers » est défini comme une personne, un groupement ou une organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale (art. 3).) Selon le par. 20(1), l'institution fédérale est tenue de refuser la divulgation de certains types de renseignements de tiers. Le passage de ce paragraphe qui intéresse les présents pourvois était ainsi rédigé à l'époque pertinente :

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

- a) des secrets industriels de tiers;
- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle

is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; . . .

[25] The duty not to disclose these sorts of third party information must be read with s. 25 of the Act, which may be called the severance provision. It requires the institution to disclose any part of a record that does not contain material which the institution is authorized not to disclose and which can reasonably be severed from any part that does contain exempted material. Section 25 provides:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

[26] Thus, we see that the general right of access is subject to a duty on government institutions not to disclose these types of third party information, including information that would normally be subject to disclosure, but cannot reasonably be severed from the exempted third party information. These are what I have called the substantive protections.

[27] I turn now to the procedural protections for third parties. The Act, as noted, establishes a process of notification and judicial review. This process permits the third party to mount objections and have them considered before the information is disclosed. Section 27(1) of the Act details the circumstances in which a government institution must make every reasonable effort to give notice of its intention to disclose the third party's information. At the time of the applications it read:

et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité; . . .

[25] L'obligation de s'abstenir de divulguer ces types de renseignements de tiers doit être interprétée de pair avec l'art. 25 de la Loi, que l'on pourrait appeler la disposition en matière de prélèvement de renseignements. Cet article oblige l'institution à communiquer les parties d'un document dépourvues des renseignements dont elle peut refuser la divulgation, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. En voici le libellé :

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

[26] Ainsi, nous constatons que le droit général en matière d'accès à l'information est assujéti à l'obligation des institutions fédérales de s'abstenir de divulguer ces types de renseignements de tiers, y compris les renseignements qui seraient normalement divulgués, mais qui ne peuvent être dissociés des renseignements soustraits à la divulgation sans que cela ne pose de problèmes sérieux. Il s'agit là de ce que j'ai appelé les protections substantielles.

[27] Je passe maintenant à l'examen des protections procédurales dont bénéficient les tiers. Rappelons que la Loi établit un processus d'avis et de contrôle judiciaire. Ce processus permet au tiers de formuler des objections qui devront être examinées avant que les renseignements en cause ne soient divulgués. Le paragraphe 27(1) de la Loi énumère les circonstances dans lesquelles l'institution fédérale doit faire des efforts raisonnables pour donner au tiers un avis de son intention de divulguer ses renseignements. Ce paragraphe était ainsi libellé à l'époque où les demandes ont été faites :

27. (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

[28] When a third party receives such a notice, it must be given the opportunity to make representations pursuant to s. 28 of the Act and the institution must then make a decision whether or not to disclose all or part of the record. Once again, the third party is given written notice of this decision and is accorded 20 days to request a review of it in the Federal Court, as provided for in s. 44. The text of ss. 28 and 44(1) are as follows:

28. (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

- (a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and
- (b) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (a), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

[28] Après avoir donné un tel avis au tiers, le responsable de l'institution est tenu, selon l'art. 28 de la Loi, de lui donner la possibilité de présenter des observations, et de décider par la suite s'il communiquera le document, et, dans l'affirmative, si la communication sera totale ou partielle. Encore une fois, le tiers est avisé par écrit de la décision; il dispose alors d'un délai de 20 jours pour en solliciter le contrôle à la Cour fédérale, comme le prévoit l'art. 44. Voici le libellé de l'art. 28 et du par. 44(1) :

28. (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

- a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;
- b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa a), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(a) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(a) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(b), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

C. *Proceedings*

(1) Health Canada's Response to the Access to Information Requests

[29] Health Canada identified about 550 pages in response to the NDS access to information request. It reviewed those pages and concluded that approximately 30 of them contained confidential information that could not be disclosed under s. 20(1) of the Act. Health Canada redacted those pages in part. It also concluded that 15 pages did not contain confidential information, with the exception of some information on one page that it redacted, and disclosed those pages without first notifying or consulting Merck.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)a) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)b) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)b), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

C. *Les procédures*

(1) La réponse de Santé Canada aux demandes d'accès à l'information

[29] Santé Canada a identifié quelque 550 pages répondant à la demande d'accès à l'information relative à la PDN. Après avoir examiné les pages en question, Santé Canada a conclu qu'environ 30 d'entre elles contenaient des renseignements de nature confidentielle qui ne pouvaient être divulgués, en application du par. 20(1) de la Loi, et a donc expurgé ces pages en partie. Santé Canada a aussi conclu que 15 pages ne contenaient aucun renseignement confidentiel, sauf quelques renseignements figurant dans une page qui avait été expurgée, et a communiqué celles-ci au demandeur sans donner de préavis à Merck et sans la consulter au préalable.

[30] Health Canada then notified Merck of the access to information request and of its intent to disclose part of the NDS record. It provided Merck with a copy of the over 500 still-undisclosed pages that it sought to disclose to the requester, some of which were partially redacted. By letter dated August 16, 2000, Health Canada specified that some of those pages had already been redacted pursuant to s. 20(1) of the Act, and that others may also be subject to s. 20(1), however they were unable to determine this at the time. It sought Merck's representations on the proposed disclosure pursuant to s. 27 of the Act. In particular, it asked Merck to explain which portions of the remaining record it considered to be confidential under s. 20(1), if any, and why. Merck responded on September 25, 2000. It took the position that, with the exception of the Product Monograph and some published studies, all of the information covered by the ATI request — including the already-disclosed pages — was exempt from disclosure under s. 20(1) of the Act.

[31] Health Canada considered Merck's response and redacted additional information from approximately 300 pages. Most of those pages were redacted in part, though some were withheld completely. Following these further redactions, approximately 490 pages were still at issue. On January 2, 2001, Health Canada sent Merck a second notice informing it of the additional redactions and enclosing the remaining 490 pages for Merck's review. Health Canada informed Merck that, if Merck continued to object to the redactions, it could file a request for judicial review before the Federal Court in accordance with s. 44 of the Act. Merck filed such a request for judicial review on January 19, 2001.

[32] With respect to the SNDS, Health Canada identified over 300 pages of information that were responsive to the access to information request. It

[30] Santé Canada a ensuite avisé Merck de la demande d'accès à l'information et de son intention de communiquer au demandeur une partie du dossier de la PDN. Santé Canada a remis à Merck une copie des quelque 500 pages qui, selon lui, devaient être communiquées au demandeur, mais qui ne l'avaient pas encore été, dont certaines étaient expurgées en partie. Dans une lettre datée du 16 août 2000, Santé Canada a précisé que certaines de ces pages avaient déjà été expurgées conformément au par. 20(1) de la Loi et que d'autres parties pourraient également être visées par le par. 20(1), mais qu'il n'était pas en mesure de l'établir pour l'instant. Santé Canada a invité Merck, en application de l'art. 27 de la Loi, à lui présenter des observations sur les renseignements qu'il entendait divulguer. Plus particulièrement, Santé Canada a demandé à Merck de lui indiquer les parties du reste du dossier qu'elle considérait comme confidentielles, le cas échéant, et donc visées par le par. 20(1), et de lui expliquer pourquoi il en était ainsi selon elle. Merck a donné sa réponse le 25 septembre 2000. Selon elle, exception faite de la monographie de produit et de certaines études qui avaient été publiées, tous les renseignements visés par la demande d'accès à l'information, y compris les pages déjà communiquées au demandeur, étaient soustraits à la divulgation en application du par. 20(1) de la Loi.

[31] Santé Canada a examiné la réponse de Merck et retranché des renseignements additionnels d'environ 300 pages. La plupart de ces pages ont été expurgées en partie, alors que d'autres ont été entièrement exclues. À la suite de ces expurgations supplémentaires, il restait environ 490 pages en litige. Le 2 janvier 2001, Santé Canada a envoyé à Merck un second avis l'informant des expurgations supplémentaires, auquel il a joint les 490 pages restantes afin que Merck puisse les examiner. Santé Canada a avisé Merck que si elle n'était toujours pas satisfaite des expurgations elle pouvait présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vertu de l'art. 44 de la Loi, ce qu'elle a fait le 19 janvier 2001.

[32] Santé Canada a identifié plus de 300 pages de renseignements répondant à la demande d'accès à l'information relative à la PSDN, concluant

concluded that about 60 of those pages contained confidential information that could not be disclosed under s. 20(1) of the Act. Those pages were redacted in part, or in a few cases deleted entirely. In addition, Health Canada concluded that eight pages contained no confidential information and could be disclosed to the requester directly. Health Canada disclosed those pages without advance notice to Merck.

[33] Health Canada notified Merck of the access to information request, provided a copy of about 300 pages and solicited Merck's submissions concerning their disclosure. Merck, as it had with respect to the NDS request, took the position that none of the pages could be disclosed, except for the Product Monograph and published studies. Health Canada replied by agreeing to some additional, partial redactions on about 45 pages and rejected the balance of Merck's objections. Merck then sent a further reply based on a review prepared by outside consultants. The review identified as exempt from disclosure all of the information that was not already publicly available and which had not been redacted by Health Canada. In particular, the consultants identified information which Merck had requested Health Canada to withhold (i.e. everything except the Product Monograph or a published study — which were otherwise publicly available), and which was not already published on the U.S. Food and Drug Administration ("FDA") website. Merck maintained that none of this unpublished information could be disclosed. It did, however, agree to the partial disclosure of a number of pages.

[34] In its second and final notice to Merck, Health Canada agreed to withhold additional details from about 10 more pages, but rejected the balance of Merck's objections. Health Canada informed Merck of its right to seek judicial review before the Federal Court in accordance with s. 44 of the Act. Merck filed a request for judicial review in the SNDS file on January 8, 2002.

qu'environ 60 de ces pages contenaient des renseignements de nature confidentielle qui ne pouvaient être divulgués en application du par. 20(1) de la Loi. Ces pages ont été expurgées en partie; quelques-unes ont même été retirées. De plus, Santé Canada a conclu que huit pages ne contenaient aucun renseignement confidentiel et pouvaient donc être communiquées directement au demandeur. Santé Canada a communiqué ces pages au demandeur sans donner de préavis à Merck.

[33] Santé Canada a avisé Merck de la demande d'accès à l'information, lui a remis une copie d'environ 300 pages et l'a invitée à lui présenter des observations sur leur communication. Comme elle l'avait fait à l'égard de la PDN, Merck a affirmé qu'aucune des pages ne pouvait être communiquée, sauf dans le cas de la monographie de produit et des études publiées. Santé Canada lui a répondu qu'elle acceptait d'expurger davantage, du moins en partie, environ 45 pages, mais qu'elle rejetait ses autres objections. En réponse, Merck a fourni une analyse fondée sur une étude réalisée par des experts-conseils indépendants, selon laquelle tous les renseignements qui n'avaient pas encore été rendus publics et que Santé Canada n'avait pas retranchés étaient soustraits à la divulgation. Plus précisément, les experts-conseils ont identifié les renseignements que Merck avait demandé à Santé Canada de retrancher des pages en question (c.-à-d. tout sauf la monographie de produit ainsi qu'une étude publiée — qui, de toute façon, étaient déjà accessibles au public) et que la Food and Drug Administration des États-Unis (« FDA ») n'avait pas encore rendus publics par le biais de son site Web. Merck maintenait qu'aucun de ces renseignements non publiés ne pouvait être divulgué. Elle a toutefois consenti à la communication partielle d'un certain nombre de pages.

[34] Dans son deuxième et dernier avis à Merck, Santé Canada a accepté de retrancher des détails supplémentaires d'environ 10 autres pages, mais a rejeté ses autres objections. Santé Canada a informé Merck de son droit de présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vertu de l'art. 44 de la Loi, ce qu'elle a fait dans le dossier de la PSDN le 8 janvier 2002.

[35] Merck maintained throughout the proceedings that Health Canada did not conduct a sufficiently detailed review of the documents before giving it the notices, while Health Canada maintained that Merck's submissions did not address the exemptions it claimed specifically enough.

(2) Proceedings in the Federal Courts

[36] The initial NDS judicial review was heard in the Federal Court before Harrington J., but the Federal Court of Appeal set aside his decision and directed a new hearing. The new hearing of that judicial review was heard in the Federal Court at the same time as the SNDS judicial review application. Both decisions were appealed to the Federal Court of Appeal. There are thus five decisions leading to the appeals now before the Court and I will briefly summarize them.

(a) *First Federal Court Decision, 2004 FC 959, [2005] 1 F.C.R. 587*

[37] The first decision pertains solely to Merck's application for judicial review in relation to the NDS disclosure. Harrington J. allowed the application in part. He was of the opinion that Health Canada could not disclose any of the NDS record without prior notice to Merck. Further, apart from the one document called the Notice of Compliance, which is a public document published upon approval of the drug, Harrington J. found that although some of the information contained in the record was available in the public domain, it was not available "as such" and therefore remained confidential and should be exempted from disclosure (paras. 53 and 58). In addition, he held that this case was not a case where severance of the confidential information was reasonable. Accordingly, he ordered that no part of the record apart from the Notice of Compliance could be disclosed as, in his view, it was exempt from disclosure pursuant to s. 20(1)(b) of the Act. He did not include in his reasons any analysis of ss. 20(1)(a) or 20(1)(c).

[35] Merck a toujours maintenu que Santé Canada n'a pas examiné les documents de façon assez approfondie avant de lui donner les préavis, tandis que Santé Canada fait valoir que les observations de Merck ne traitaient pas de façon suffisamment précise des exceptions qu'elle invoquait.

(2) Procédures devant les cours fédérales

[36] Le juge Harrington de la Cour fédérale a procédé au premier contrôle judiciaire concernant la PDN, mais la Cour d'appel fédérale a annulé sa décision et ordonné une nouvelle audition. La Cour fédérale a procédé en même temps à la nouvelle audition de ce contrôle judiciaire et à l'audition du contrôle judiciaire concernant la PSDN. Les deux décisions qu'elle a rendues à ces égards ont été portées en appel devant la Cour d'appel fédérale. Ainsi, cinq décisions sont à l'origine des pourvois dont la Cour est saisie, et je vais les résumer brièvement.

a) *Première décision de la Cour fédérale, 2004 CF 959, [2005] 1 R.C.F. 587*

[37] La première décision ne porte que sur la demande de contrôle judiciaire présentée par Merck relativement à la divulgation de renseignements contenus dans la PDN. Le juge Harrington a accueilli la demande en partie. Selon lui, Santé Canada ne pouvait communiquer aucune partie du dossier de la PDN sans donner de préavis à Merck. De plus, il a estimé que, mis à part le document appelé l'avis de conformité, qui est rendu public une fois la drogue approuvée, même si certains des renseignements contenus dans le dossier étaient accessibles au public, ils ne l'étaient pas « comme tel[s] » et, par conséquent, ils demeureraient confidentiels et devaient être soustraits à la divulgation (par. 53 et 58). En outre, il a jugé que l'affaire n'en était pas une où le prélèvement des renseignements confidentiels ne posait pas de problèmes sérieux. Il a donc ordonné qu'aucune partie du dossier, outre l'avis de conformité, ne pouvait être communiquée, car, selon lui, le dossier était visé par l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) de la Loi. Les motifs qu'il a exposés ne comprenaient aucune analyse des al. 20(1)(a) et c) de la Loi.

(b) *First Appeal, 2005 FCA 215, [2006] 1 F.C.R. 379*

[38] The Minister of Health appealed and a unanimous Federal Court of Appeal overturned Harrington J.'s decision. Desjardins J.A. found that Harrington J. erred in law in his interpretation of s. 20(1)(b). The Court of Appeal decided that rather than undertaking its own analysis of the records, the interests of justice would be better served by remitting the matter to the Federal Court.

(c) *Rehearing of NDS Judicial Review and SNDS Judicial Review, 2006 FC 1201 (CanLII) and 2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241*

[39] The reviewing judge, Beaudry J., heard both the rehearing relating to the NDS (2006 FC 1201) and the SNDS application (2006 FC 1200). Merck sought two remedies: a declaratory order with regard to the lawfulness of the procedure followed by Health Canada in processing the request for access to information and an order prohibiting the disclosure of the NDS and SNDS records.

[40] Turning first to the lawfulness of the process, Merck took issue with the disclosure of some of the record without being notified and objected to the fact that Health Canada had imposed on it the onus of showing why disclosure should be refused without having conducted its own genuine and thorough review. Health Canada argued that Merck could not ask for a declaratory order regarding the decision to disclose without notice because that decision was not properly before the court. The reviewing judge disagreed and held that the court should rule on the matter because not only were the issues serious, but also it would avoid the multiplication of decisions pertaining to the same access to information request. He also held that it was unrealistic to separate the process followed by Health Canada from the substance of the final decision. He held that the disclosure of some of the record without prior notice to the third party contravened

b) *Premier appel, 2005 CAF 215, [2006] 1 R.C.F. 379*

[38] Le ministre de la Santé s'est pourvu en appel contre la décision du juge Harrington, que la Cour d'appel fédérale a infirmée dans un jugement unanime. Selon le juge Desjardins, le juge Harrington a commis une erreur de droit en interprétant l'al. 20(1)(b). La Cour d'appel fédérale a décidé que les intérêts de la justice seraient mieux servis si elle renvoyait l'affaire à la Cour fédérale, au lieu de faire sa propre analyse des documents visés.

c) *Nouvelle audition du contrôle judiciaire concernant la PDN et audition du contrôle judiciaire concernant la PSDN, 2006 CF 1201 (CanLII) et 2006 CF 1200 (CanLII)*

[39] Le juge siégeant en révision, le juge Beaudry, a procédé à la fois à la nouvelle audition relative à la PDN (2006 CF 1201) et à l'audition de la demande concernant la PSDN (2006 CF 1200). Merck sollicitait deux redressements, à savoir une ordonnance déclaratoire sur la légalité de la procédure suivie par Santé Canada pour traiter la demande d'accès à l'information et une ordonnance interdisant la communication des documents relatifs à la PDN et à la PSDN.

[40] En ce qui concerne tout d'abord la légalité du processus, Merck a réprouvé le fait que le dossier ait été partiellement communiqué sans qu'elle n'ait reçu de préavis, et elle a reproché à Santé Canada de lui avoir imposé le fardeau de démontrer pourquoi la communication devait être refusée sans même que Santé Canada n'ait effectué lui-même un véritable examen approfondi. Santé Canada a soutenu que Merck ne pouvait solliciter d'ordonnance déclaratoire concernant sa décision de divulguer des renseignements sans lui donner de préavis parce que la cour n'avait pas été dûment saisie de cette décision. Ne partageant pas cet avis, le juge siégeant en révision a conclu que la cour devait se pencher sur l'affaire non seulement parce que les questions en cause étaient graves, mais aussi parce que cela permettrait d'éviter la multiplication des décisions relatives à la même demande d'accès à l'information. Il a également dit qu'il n'était pas réaliste de dissocier

the spirit or scheme of s. 20(1) of the Act. Given the potentially irreparable harm to third parties, disclosure without prior notice should not have occurred. The reviewing judge made this finding and concluded that Merck was entitled to declaratory orders in both cases.

[41] The reviewing judge then turned to consider disclosure of the records. By the time he heard the NDS and SNDS matters, Health Canada had agreed to further redactions via affidavits so that the number of pages in issue was reduced to approximately 235 for the NDS request and 135 pages for the SNDS request. For the NDS request, the reviewing judge found that over 170 pages were exempted from disclosure pursuant to s. 20(1), while approximately 65 pages could be disclosed. For the SNDS request, he found that almost 60 pages were exempted pursuant to s. 20(1), and that the remaining pages could be disclosed.

[42] With respect to the NDS records, the reviewing judge found that three paragraphs of s. 20(1) were implicated. He found that some of the records were exempted from disclosure because they contained trade secrets (s. 20(1)(a)), confidential information (s. 20(1)(b)) or information that if disclosed could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to Merck or prejudice its competitive position (s. 20(1)(c)). The reviewing judge was of the view that, where the information contained in the record is more detailed than what is available in the public domain, it may be possible to resist disclosure based on the s. 20(1)(c) exemption. He held that in several instances Health Canada had wrongly applied the severance provision in s. 25; he was of the view that the material that was not exempt could not reasonably be severed from the material that was exempt.

le processus suivi par Santé Canada du fond de la décision définitive. Selon lui, la communication partielle du dossier sans préavis au tiers était contraire à l'esprit et à l'économie du par. 20(1) de la Loi. Étant donné le préjudice irréparable que le processus pouvait causer à des tiers, la communication sans préavis n'aurait pas dû avoir lieu. Le juge est parvenu à cette conclusion et a déclaré que Merck avait droit aux ordonnances déclaratoires dans les deux cas.

[41] Le juge siégeant en révision s'est ensuite penché sur la communication des documents. À l'époque où il a instruit les affaires mettant en cause la PDN et la PSDN, Santé Canada avait déjà consenti à faire d'autres expurgations par le biais d'affidavits, réduisant ainsi le nombre de pages en litige à environ 235 dans le cas de la demande relative à la PDN et à 135 en ce qui concerne la demande visant la PSDN. Pour ce qui est de la PDN, le juge a conclu que plus de 170 pages étaient soustraites à la communication selon le par. 20(1) tandis qu'environ 65 pages pouvaient être communiquées au demandeur. Pour ce qui est de la PSDN, il a conclu que presque 60 pages étaient soustraites à la communication selon le par. 20(1) et que les autres pages pouvaient être communiquées au demandeur.

[42] En ce qui concerne les documents afférents à la PDN, le juge siégeant en révision a conclu que trois des alinéas du par. 20(1) étaient en jeu. Selon lui, certains des documents étaient soustraits à la communication parce qu'ils contenaient des secrets industriels (al. 20(1)a)), des renseignements de nature confidentielle (al. 20(1)b)) ou des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers à Merck ou de nuire à sa compétitivité (al. 20(1)c)). Le juge était d'avis que, dans les cas où les renseignements contenus dans le document étaient plus détaillés que ceux qui faisaient partie du domaine public, il était possible de s'opposer à leur divulgation sur le fondement de l'al. 20(1)c). Il a conclu que, dans plusieurs cas, Santé Canada avait mal appliqué la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25. À son avis, les renseignements qui n'étaient pas soustraits à la divulgation ne pouvaient être dissociés de ceux qui l'étaient sans que cela ne pose de problèmes sérieux.

[43] In the SNDS file, the reviewing judge found that some information should be exempted pursuant to s. 20(1)(b) and (c), but found no trade secrets in these records.

(d) *Second and Third Appeals and Cross-Appeals, 2009 FCA 166, 400 N.R. 1*

[44] For both the NDS and SNDS judgments, Health Canada appealed and Merck cross-appealed. The Federal Court of Appeal heard the two appeals and cross-appeals concurrently and delivered one judgment for all of them. Desjardins J.A., writing for a unanimous court, found that the reviewing judge made several legal errors. The Court of Appeal allowed the appeals and dismissed the cross-appeals, holding that all of the remaining pages at issue for both the NDS and SNDS should be disclosed.

[45] With respect to the requirement to give notice, the Court of Appeal held that the obligation only arises if a record contains, or the head of the government institution has reason to believe that it might contain, information described in s. 20(1) of the Act. Contrary to the opinion of the reviewing judge, the Court of Appeal held that disclosure of records without prior notice to the third party does not contravene the text or spirit of the Act.

[46] With respect to the s. 20(1)(a) exemption for trade secrets, the Court of Appeal was of the opinion that the term “trade secrets” should be interpreted narrowly and that when determining whether information constitutes a trade secret, a high threshold applies. The Court of Appeal found that the reviewing judge had failed to present any analysis in support of his decision to exclude some pages based on this exemption.

[43] Enfin, dans le dossier de la PSDN, le juge siégeant en révision a conclu que certains renseignements devaient être soustraits à la divulgation en application des al. 20(1)(b) et c), mais il n’a pas relevé de secrets industriels dans les documents en question.

d) *Deuxième et troisième appels et appels incidents, 2009 CAF 166 (CanLII)*

[44] Santé Canada a porté en appel le jugement sur la demande relative à la PDN et celui sur la PSDN, et Merck a formé un appel incident dans l’un et l’autre cas. La Cour d’appel fédérale a entendu en même temps les deux appels ainsi que les deux appels incidents, qu’elle a tous tranchés dans un seul jugement. S’exprimant au nom de la cour à l’unanimité, la juge Desjardins a conclu que le juge siégeant en révision avait commis plusieurs erreurs de droit. La Cour d’appel fédérale a accueilli les appels et rejeté les appels incidents, jugeant que les pages toujours en litige tant dans le cas de la PDN que dans celui de la PSDN devaient toutes être communiquées.

[45] Pour ce qui est de l’obligation de donner un préavis, la Cour d’appel fédérale a conclu qu’elle ne prenait naissance que si le document en cause contenait des renseignements visés au par. 20(1) de la Loi ou le responsable de l’institution avait des raisons de croire qu’il était susceptible d’en contenir. Contrairement au juge siégeant en révision, la Cour d’appel fédérale a conclu que la communication de documents sans préavis au tiers ne contrevenait ni au texte, ni à l’esprit de la Loi.

[46] Quant à l’exception prévue à l’al. 20(1)(a) pour les secrets industriels, la Cour d’appel fédérale a estimé que le terme « secrets industriels » devait recevoir une interprétation restrictive et qu’il convenait d’appliquer un critère exigeant pour trancher la question de savoir si les renseignements constituaient pareils secrets. Selon la Cour d’appel fédérale, le juge siégeant en révision n’a présenté aucune analyse pour étayer sa décision d’exclure certaines pages sur le fondement de cette exception.

[47] With respect to the s. 20(1)(b) and (c) exemptions for confidential information, the Court of Appeal held that there must be direct and objective evidence that the information is confidential in order for either exemption to apply. Merck, in the view of the Court of Appeal, did not provide sufficient evidence to meet its “heavy” burden (para. 62). Accordingly, the reviewing judge erred in refusing to order disclosure of the requested information pursuant to s. 20(1)(b). The Court of Appeal also found that Merck’s evidence relating to s. 20(1)(c) “remain[ed] vague, speculative and silent as to specifically how and why the disclosure of the requested information would be likely to bring about the harm alleged by Merck Frosst” (para. 93; see also para. 99). Thus, the Court of Appeal held that the reviewing judge erred in fact and law when he refused to order the disclosure of information pursuant to the s. 20(1)(c) exemption.

[48] Finally, the Court of Appeal concluded that the reviewing judge had failed in his obligation to ensure compliance with s. 25 of the Act and to explain why severance was not reasonable. The court also concluded that the reviewing judge erred in law when he substituted his own discretion for that exercised by the head of the government institution where there was no evidence that the head of the institution’s assessment was incorrect.

D. *Issues*

[49] I will first address the general issues of principle and then turn to the issues relating to particular claims for exemption.

[50] The general issues are these:

- (i) What is the standard of appellate review and did the Federal Court of Appeal err in this regard?

[47] En ce qui concerne les exceptions prévues aux al. 20(1)(b) et c) pour les renseignements de nature confidentielle, la Cour d’appel fédérale a conclu que leur application dépendait de l’existence d’une preuve directe et objective de la nature confidentielle des renseignements. Selon la Cour d’appel fédérale, Merck n’avait pas produit une preuve suffisante pour s’acquitter du « lourd » fardeau qui lui incombait à cet égard (par. 62). C’est donc à tort que le juge siégeant en révision a refusé d’ordonner la divulgation des renseignements visés, en application de l’al. 20(1)(b). La Cour d’appel fédérale a également conclu que les éléments de preuve présentés par Merck à l’égard de l’al. 20(1)(c) « demeur[aient] vagues, spéculatifs et silencieux sur précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés entraîner[ait] de façon probable le préjudice allégué par Merck Frosst » (par. 93; voir aussi le par. 99). La Cour d’appel fédérale a donc conclu que le juge s’était trompé tant sur les faits que sur le droit en refusant d’ordonner la divulgation des renseignements au titre de l’exception prévue à l’al. 20(1)(c).

[48] Enfin, la Cour d’appel fédérale a conclu que le juge siégeant en révision avait manqué à son obligation de veiller à ce que l’art. 25 de la Loi soit respecté et d’expliquer pourquoi il n’était pas raisonnable de penser que certains renseignements pouvaient être prélevés des documents en cause. La cour a également conclu que le juge siégeant en révision avait commis une erreur de droit en substituant son propre pouvoir discrétionnaire à celui exercé par le responsable de l’institution en l’espèce alors que rien ne prouvait que ce dernier avait fait une mauvaise appréciation du dossier.

D. *Questions en litige*

[49] J’examinerai d’abord les questions de principe générales avant de passer aux questions se rapportant aux exceptions invoquées en l’espèce.

[50] Voici les questions générales :

- (i) Quelle norme de contrôle faut-il appliquer en appel, et la Cour d’appel fédérale s’est-elle trompée à cet égard?

(ii) What is the threshold for triggering the institutional head's duty to give a third party notice of the access to information request and what sort of review of the record is required of the head of the institution in deciding whether or not to give notice?

(iii) What are the applicable burden and standard of proof on a third party claiming a s. 20(1) exemption?

[51] After considering these issues I will turn to the principles relating specifically to the s. 20(1)(a), (b) and (c) exemptions and to the severance provision in s. 25.

III. Analysis

A. *General Issues*

- (1) What Is the Standard of Appellate Review and Did the Federal Court of Appeal Err in This Regard?

[52] Merck submits that the Federal Court of Appeal erred in the standard of review it applied in these cases. The Court of Appeal, it argues, intervened based on its own reassessment of the evidence and in the absence of any reversible error on the part of the reviewing judge. The respondent, Health Canada, accepts that the Federal Court of Appeal had to apply the usual standards of appellate review but it contests Merck's position that the Court of Appeal failed to do so.

[53] There are no discretionary decisions by the institutional head at issue in this case. Under s. 51 of the Act, the judge on review is to determine whether "the head of a government institution is required to refuse to disclose a record" and, if so, the judge must order the head not to disclose it. It follows that when a third party, such as Merck in this case, requests a "review" under s. 44 of the Act by the Federal Court of a decision by a head of a government institution to disclose all or part of a record, the Federal Court judge is to determine whether the institutional head has

(ii) Quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution d'aviser un tiers de la demande d'accès à l'information et quel examen du dossier doit-il faire pour décider s'il doit ou non donner cet avis?

(iii) Quels sont le fardeau et la norme de preuve applicables dans le cas d'un tiers qui invoque une exception prévue au par. 20(1)?

[51] Après avoir examiné ces questions, je me pencherai sur les principes propres aux exceptions prévues aux al. 20(1)(a), b) et c) et à la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25.

III. Analyse

A. *Questions en litige générales*

- (1) Quelle norme de contrôle faut-il appliquer en appel, et la Cour d'appel fédérale s'est-elle trompée à cet égard?

[52] Merck soutient que la Cour d'appel fédérale a appliqué la mauvaise norme de contrôle dans ces affaires. Selon elle, la Cour d'appel fédérale a fondé son intervention sur sa propre appréciation de la preuve et en l'absence d'une quelconque erreur du juge siégeant en révision susceptible d'entraîner l'annulation de sa décision. L'intimé, Santé Canada, reconnaît que la Cour d'appel fédérale devait appliquer les normes ordinaires de révision en appel, mais il conteste la position de Merck qu'elle ne l'a pas fait.

[53] Aucune décision discrétionnaire du responsable de l'institution n'est en cause dans la présente affaire. Selon l'art. 51 de la Loi, le juge siégeant en révision doit décider si « le responsable [de l']institution fédérale est tenu de refuser la communication [. . .] d'un document » et, dans l'affirmative, il doit ordonner à ce dernier de ne pas le communiquer. Il s'ensuit que dans les cas où un tiers, telle Merck en l'espèce, demande à la Cour fédérale, en vertu de l'art. 44 de la Loi, de « contrôler » la décision du responsable de l'institution de communiquer tout ou partie d'un document, le juge

correctly applied the exemptions to the records in issue: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at para. 19; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at para. 22. This review has sometimes been referred to as *de novo* assessment of whether the record is exempt from disclosure: see, e.g., *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.), at pp. 265-66; *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1422 (CanLII), at para. 3; *Dagg*, at para. 107. The term “*de novo*” may not, strictly speaking, be apt; there is, however, no disagreement in the cases that the role of the judge on review in these types of cases is to determine whether the exemptions have been applied correctly to the contested records. Sections 44, 46 and 51 are the most relevant statutory provisions governing this review.

[54] The decision of the judge conducting a review under the Act, which will often have a significant factual component, is subject to appellate review in accordance with the principles set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, at para. 23.

[55] The Federal Court of Appeal correctly set out the standard of review (para. 25). Did it err in applying that standard? In my view, it did not. As I will explain in more detail in my analysis of each exemption provision, the reviewing judge did not make findings of fact and failed either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both. Generally, he gave no indication of the legal and factual findings that took him to his conclusions. His conclusions are not explicable when the documents and the evidence are reviewed. The Court of Appeal was therefore entitled to intervene and to carry out its own assessment of

de la Cour fédérale doit déterminer si ce dernier a correctement appliqué les exceptions aux documents visés : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66, par. 19; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 22. Ce processus a parfois été qualifié d'examen *de novo* de la question de savoir si le document en cause est soustrait à la communication : voir, p. ex., *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL) (1^{re} inst.), par. 29-30; *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1422 (CanLII), par. 3; *Dagg*, par. 107. Le terme « *de novo* » n'est peut-être pas, à proprement parler, celui qu'il convient d'utiliser; toutefois, il n'y a aucun désaccord dans ces affaires quant au rôle du juge siégeant en révision dans un tel contexte : il doit décider si les exceptions ont été correctement appliquées relativement aux documents en cause. Les articles 44, 46 et 51 sont les dispositions législatives les plus pertinentes qui s'appliquent au présent contrôle.

[54] La décision du juge qui, en application de la Loi, procède à un examen, qui aura souvent un volet factuel important, peut faire l'objet d'une révision en appel conformément aux principes exposés dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, et *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, par. 23.

[55] La Cour d'appel fédérale a expliqué correctement la norme de contrôle (par. 25). A-t-elle fait erreur en appliquant cette norme? Je ne le pense pas. Comme je l'expliquerai plus en détail dans mon analyse de chaque disposition prévoyant une exception, le juge siégeant en révision n'a pas tiré de conclusions de fait, et il a omis soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce; dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre. En gros, il a omis d'exposer les conclusions juridiques et factuelles qui l'ont amené à ses conclusions. Ses conclusions ne résistent pas à un examen des documents et de la preuve. La Cour

whether the reviewing judge had correctly applied the exemptions to the records. It would have been open to the Court of Appeal to remit the matter to the Federal Court for reconsideration by a judge of first instance. However, in light of the fact that this had already been done once in the NDS file, my view is the Court of Appeal was right to conduct its own assessment.

[56] The Federal Court of Appeal did not simply fault the reviewing judge for failing to provide a detailed explanation of every conclusion or for failing to make his reasoning more explicit. The Federal Court of Appeal intervened because the reviewing judge made no findings of fact in the face of conflicting evidence, and generally provided no explanation of the applicable legal principles or how or why they applied to the disputed documents. The Court of Appeal did not err in doing so.

(2) What Is the Threshold for Triggering the Institutional Head's Duty to Give a Third Party Notice of the Access Request and What Sort of Review of the Record Is Required in Deciding to Give Notice?

[57] I briefly reviewed the notice provisions earlier. Before disclosing certain types of third party information, the head of a government institution must make every reasonable effort to give that third party written notice of the request for disclosure, except where the third party has waived the notice requirement. Unless the third party consents to disclosure, the head must also give the third party an opportunity to make representations as to why the record or part of it should not be disclosed (ss. 27(1), 27(2) and 28).

[58] These appeals, strictly speaking, relate to judicial review applications of the institutional

d'appel fédérale pouvait donc intervenir et faire sa propre appréciation de la question de savoir si le juge siégeant en révision avait correctement appliqué les exceptions aux documents en cause. Elle aurait pu renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'un autre juge de première instance l'examine à son tour. Cependant, compte tenu du fait que cela avait déjà été fait une fois dans le dossier se rapportant à la PDN, j'estime que la Cour d'appel fédérale a eu raison de faire sa propre appréciation du dossier.

[56] La Cour d'appel fédérale n'a pas simplement conclu que le juge siégeant en révision avait commis une erreur en omettant d'expliquer en détail chacune de ses conclusions ou d'exposer son raisonnement de manière plus explicite. Elle est intervenue parce que le juge siégeant en révision, devant des preuves contradictoires, n'a pas tiré de conclusions de fait, et, de façon générale, n'a fourni aucune explication sur les principes juridiques applicables ou sur la question de savoir comment ou pourquoi ces derniers s'appliquaient aux documents en cause. La Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur en agissant ainsi.

(2) Quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution d'aviser un tiers de la demande d'accès et quel examen du dossier doit-il faire pour décider s'il doit donner cet avis?

[57] J'ai déjà analysé brièvement les dispositions en matière de préavis. Avant de divulguer certains types de renseignements d'un tiers, le responsable de l'institution doit faire tous les efforts raisonnables pour aviser par écrit le tiers de la demande qui lui a été présentée, sauf si ce dernier a renoncé à l'avis. À moins que le tiers ne consente à la divulgation, le responsable doit également lui donner la possibilité de présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document (par. 27(1) et (2) et art. 28).

[58] Les présents pourvois se rapportent, à proprement parler, aux demandes de contrôle judiciaire

head's decisions to release information in response to two access to information requests. It follows that the focus is on the decisions to disclose. However, the parties have made extensive submissions about how the notice provisions in ss. 27 and 28 of the Act ought to be applied. In light of the importance of the issues and the fact that both parties have made extensive submissions on the notice provisions, I will address them.

[59] There are two main issues about this notice scheme. The first relates to the threshold for triggering the head's obligation to give notice to the third party and the second to the nature of the head's obligation to examine the record before deciding whether or not notice is required.

(a) *The Threshold for Notice Under Section 27(1)*

[60] As noted earlier, s. 27(1) of the Act specifies when the head of the government institution must make reasonable efforts to give notice to a third party. (I will simply refer to this as the notice requirement.) For convenience, the text of the provision as it read at the time of the applications is as follows:

27. (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

visant les décisions du responsable de l'institution en l'espèce de divulguer des renseignements en réponse à deux demandes d'accès à l'information. L'accent est donc mis sur les décisions de divulguer des renseignements. Les parties ont cependant argumenté abondamment sur la façon dont il convient d'appliquer les dispositions en matière de préavis qui figurent aux art. 27 et 28 de la Loi. Étant donné l'importance de ces questions et le fait que les deux parties ont argumenté abondamment sur ces dispositions, je les examinerai.

[59] Ce régime de notification soulève deux questions principales. La première est de savoir quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution de donner un préavis au tiers, et la deuxième porte sur la nature de l'obligation du responsable d'examiner le document avant de décider s'il doit ou non donner ce préavis.

a) *Le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis prévu au par. 27(1)*

[60] Comme je l'ai déjà souligné, le par. 27(1) de la Loi précise dans quelles circonstances le responsable de l'institution doit faire des efforts raisonnables pour donner l'avis au tiers. (Je me contenterai de faire référence à l'obligation de donner l'avis.) Par souci de commodité, j'ai reproduit ci-après la disposition telle qu'elle était libellée à l'époque des demandes :

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

[61] In this case, the Health Canada head disclosed some documentation without giving notice to Merck. Merck complains that it should have been given notice before any disclosure was made. In the Federal Court, the reviewing judge (after dealing with a number of procedural arguments that are not in issue before this Court) found that this disclosure without prior notice contravened the spirit of the legislation. Since disclosure without notice could result in irreparable harm to the third party concerned, such disclosure should not have taken place (2006 FC 1201, at para. 64). The Federal Court of Appeal disagreed. It found that s. 27(1) requires notice only if the record contains or might contain information the disclosure of which is prohibited by s. 20(1). In the Court of Appeal's view, both the object of the Act as articulated in s. 2 and the contextual and grammatical analysis of s. 27(1) favour this conclusion.

[62] Before this Court, Merck argues that the Federal Court of Appeal's decision has the effect of unduly limiting the scope of the s. 20(1) exemptions by narrowing the procedural right conferred on third parties by s. 27. Merck suggests that the test for giving notice and the test for actually applying the exemption must be different. To have procedural fairness in this legislative scheme, s. 27(1) must set a low threshold for notice to affected parties. Merck therefore maintains that certain categories of records, because of their nature, should automatically trigger a right to notice. In its view, NDS and SNDS records, in light of the confidentiality and competitive value of the information they contain, fall within such a category where notice is required.

[63] In my view, the text of the statute and the considerations identified by the reviewing judge

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

[61] En l'espèce, le responsable de Santé Canada a communiqué certains documents sans donner de préavis à Merck. Or, Merck soutient qu'elle aurait dû recevoir un tel préavis avant la communication de quelque document que ce soit. En Cour fédérale, le juge siégeant en révision (après avoir tranché un certain nombre d'arguments procéduraux dont nous ne sommes pas saisis) a conclu que cette communication sans préavis contrevenait à l'esprit de la Loi. Selon lui, la communication des documents sans préavis n'aurait pas dû avoir lieu, car une telle façon de faire pouvait causer un préjudice irréparable au tiers (2006 CF 1201, par. 64). La Cour d'appel fédérale n'était pas de cet avis, estimant que le par. 27(1) n'oblige le responsable à donner l'avis que si le document visé contient ou est susceptible de contenir des renseignements dont la divulgation est interdite par le par. 20(1). Toujours selon la Cour d'appel fédérale, tant l'objet de la Loi énoncé à l'art. 2 que l'analyse contextuelle et grammaticale des termes utilisés au par. 27(1) appuient cette conclusion.

[62] Merck soutient devant notre Cour que la décision de la Cour d'appel fédérale a eu pour effet de limiter indûment la portée des exceptions prévues au par. 20(1) en restreignant le droit procédural que l'art. 27 accorde aux tiers. Selon elle, le critère en matière de préavis et celui régissant l'application de l'exception doivent différer. L'équité procédurale au sein de ce régime législatif n'est possible que si le par. 27(1) établit un seuil peu élevé en ce qui concerne le préavis aux parties intéressées. Merck maintient donc que certains types de documents, de par leur nature, donnent automatiquement droit au préavis. À son avis, compte tenu de la nature confidentielle et de la valeur concurrentielle des renseignements qu'ils contiennent, les documents afférents à la PDN et à la PSDN relèvent d'une catégorie de documents donnant droit au préavis.

[63] À mon avis, il ressort du texte de la Loi et des considérations décrites par le juge siégeant en

and by Merck in its submissions support a fairly low threshold to trigger the obligation to give notice. However, I do not accept Merck's submission that there is any "automatic" right to notice with respect to certain categories of records. Such a right to automatic notice is not supported by the text or purpose of the provisions or by the jurisprudence that has interpreted them.

[64] Following the modern approach to statutory interpretation, the words of a provision are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The grammatical and ordinary sense of s. 27(1) makes plain that notice is required only if certain conditions are met in the particular circumstances. The section does not refer to particular categories of documents but rather to particular types of information that are or may be contained in records otherwise subject to disclosure. The subsection sets out specific conditions precedent for engaging the notice requirement. As the Federal Court Trial Division put it in words that were endorsed by the Federal Court of Appeal: "The essential condition precedent to the issuance of the notice is that the respondent has reason to believe the disclosure of the record might be contrary to his obligation under section 20 not to disclose records" (*Twinn v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 368, at p. 373, aff'd (1987), 80 N.R. 263). To the same effect, MacKay J. put it this way in *Air Atonabee*, at p. 257: "... the Act does not require notice to a third party before disclosure of information relating to that party, except in the circumstances set out in [s. 27(1)]".

[65] While this precise issue has not been decided by this Court, the approach taken in *Twinn* and *Air Atonabee* is consistent with comments on this subject by both the majority and dissenting

révision et par Merck dans ses observations que le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis est assez peu élevé. Je ne retiens cependant pas l'argument de Merck qu'il existe un quelconque droit « automatique » au préavis dans le cas de certains types de documents. Ni le libellé des dispositions en cause ni leur objet, pas plus que les décisions des tribunaux qui les ont interprétées, ne donnent à penser qu'un tel droit existe.

[64] Selon la méthode moderne d'interprétation des lois, il faut lire les termes d'une disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec le régime prévu par la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Or, il ressort clairement du sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1) qu'il ne faut donner l'avis que si certaines conditions sont réunies dans les circonstances particulières en cause. Ce paragraphe ne mentionne pas de catégories particulières de documents; il fait plutôt référence à des types particuliers de renseignements contenus ou susceptibles d'être contenus dans des documents qui par ailleurs peuvent être communiqués. Il énonce également des conditions préalables bien précises à l'application de l'obligation de donner l'avis. Comme la Section de première instance de la Cour fédérale l'a dit dans des termes auxquels a souscrit la Cour d'appel fédérale, « [l]a condition essentielle préalable à l'émission de l'avis est que l'intimé a lieu de croire que la communication du document pourrait aller à l'encontre de son obligation de ne pas en donner communication, imposée par l'article 20 » : *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368, p. 373, conf. par [1987] A.C.F. n° 834 (QL). Les propos tenus par le juge MacKay dans *Air Atonabee*, au par. 12, vont dans le même sens : « . . . la Loi n'oblige pas à aviser le tiers avant de communiquer des renseignements qui le concernent, sauf dans les cas prévus au [par. 27(1)] ».

[65] Bien que notre Cour n'ait pas tranché cette question précise, l'approche adoptée dans *Twinn* et *Air Atonabee* est compatible avec les commentaires faits à la fois par les juges majoritaires et les juges

judges in *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441, at paras. 41 and 66.

[66] Merck's submission that there is always a right to notice with respect to particular categories of records is thus not supported by the grammatical and ordinary meaning of the words of s. 27(1).

[67] Neither is Merck's position consistent with one of the Act's animating principles, the principle that exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)). The creation of classes of documents as proposed by Merck which would presumptively trigger the notice requirement and be presumptively exempt from disclosure would be inconsistent with this principle.

[68] Finally, Merck's proposed approach is not consistent with the scheme of the Act. It makes provision for giving effect to restrictions on rights of disclosure contained in other statutes. Section 24 provides that disclosure must be refused if disclosure is restricted by any provisions set out in Schedule II of the Act. As the respondent Health Canada points out, Parliament has decided not to establish such a regime for information of the type in issue here; nothing listed in Schedule II restrains the disclosure of information submitted to the Minister with a view to approval of a new medication. There is no statutory indication that the records in issue here — NDS and SNDS records — are intended to be approached on a categorical basis.

[69] I therefore reject Merck's contention that the proposed disclosure of any part of an NDS or an SNDS automatically triggers the duty to give notice. I turn next to the circumstances that do engage the notice requirement.

[70] The institutional head has a general duty, subject to the other provisions of the Act, to provide

dissidents dans *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 41 et 66.

[66] L'argument de Merck que le tiers intéressé a toujours droit au préavis en ce qui concerne certaines catégories particulières de documents n'est donc pas étayé par le sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1).

[67] La position de Merck n'est pas non plus compatible avec l'un des principes directeurs de la Loi, à savoir que les exceptions au droit d'accès sont limitées et précises (par. 2(1)). La création de catégories de documents, comme le propose Merck, qui amèneraient à présumer que l'obligation de donner l'avis s'applique et que les documents en cause sont soustraits à la communication irait à l'encontre de ce principe.

[68] Enfin, la démarche proposée par Merck n'est pas compatible avec le régime prévu par la Loi. Elle prévoit de donner effet aux restrictions des droits à la communication énoncées dans d'autres lois. Selon l'art. 24, il faut refuser la communication si celle-ci est restreinte par une disposition figurant à l'annexe II de la Loi. Comme le souligne l'intimé, Santé Canada, le législateur a décidé de ne pas établir un tel régime pour les renseignements comme ceux qui sont en cause dans la présente affaire; aucune des dispositions énumérées à l'annexe II ne restreint la divulgation de renseignements fournis au ministre dans le cadre d'une demande d'approbation d'un nouveau médicament. Rien dans la Loi n'indique qu'il faille analyser les documents en cause dans la présente affaire — ceux relatifs à la PDN et à la PSDN — sur la base de leur appartenance à une catégorie.

[69] Je rejette donc la prétention de Merck que la communication proposée de l'une ou l'autre partie d'une PDN ou d'une PSDN déclenche automatiquement l'obligation de donner l'avis. Je passe maintenant aux circonstances qui donnent effectivement naissance à cette obligation.

[70] Sous réserve des autres dispositions de la Loi, il incombe au responsable de l'institution une

access to the record requested (s. 4(1)). This is the duty that Health Canada purported to carry out when it disclosed some documents without giving notice to Merck of its intention to do so. There is also a duty not to disclose information falling within the s. 20(1) exemptions. The notice provisions relate to how the institutional head carries out that duty.

[71] In considering a request for disclosure of third party information under the Act, the institutional head has four main possible courses of action (aside from the exercise of discretion under s. 20(6)), two of which engage the notice provisions. He or she may decide to (i) disclose the requested information without notice; (ii) refuse disclosure without notice; (iii) form an intention to disclose severed material with notice; or (iv) give notice because there is reason to believe that the record requested might contain exempted material. I will review each option briefly.

[72] I turn first to disclosure without notice. The practical realities as well as the text of the notice provision in s. 27(1) suggest a high threshold for disclosure without notice. Such disclosure is only justified in clear cases, that is, where the head, reviewing all the relevant evidence before him or her, concludes that there is no reason to believe that the record might contain material referred to in s. 20(1). The institutional head cannot repent after the fact from an ill-advised decision to disclose. Disclosure without notice and any harm that might follow are irreversible. Giving notice in all but clear cases reduces the risk of irremediable harm to the third party through inappropriate disclosure. Moreover, the institutional head may not have enough information to make a correct judgment about whether the information is exempt; the input of the third party may be required in order for the institutional head's decision to be properly informed. It is, therefore, both prudent and consistent with the text of the Act for the institutional head

obligation générale de donner accès au document demandé (par. 4(1)). Il s'agit là de l'obligation dont Santé Canada dit s'être acquitté en communiquant certains documents sans avoir avisé Merck de son intention de le faire. Il existe aussi une obligation de ne pas divulguer de renseignements visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). Les dispositions en matière de préavis portent sur la façon dont le responsable de l'institution doit remplir cette obligation.

[71] Lorsque le responsable de l'institution examine une demande de divulgation de renseignements de tiers présentée conformément à la Loi, quatre options principales s'offrent à lui (si l'on exclut l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 20(6)), dont deux qui font intervenir les dispositions en matière de préavis. Il peut : (i) divulguer les renseignements en cause sans donner l'avis au tiers; (ii) refuser de les divulguer sans lui donner l'avis; (iii) former le projet de divulguer des renseignements prélevés après lui avoir donné l'avis; ou (iv) lui donner l'avis parce qu'il y a des raisons de croire que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. J'étudierai brièvement chacune de ces options.

[72] Passons d'abord à la divulgation sans donner l'avis au tiers. Les considérations d'ordre pratique pertinentes ainsi que le libellé du par. 27(1), qui prévoit l'avis, donnent à penser qu'il convient d'appliquer un critère exigeant en matière de communication de documents sans préavis. Pareille communication n'est justifiée que dans les cas manifestes, c'est-à-dire si le responsable de l'institution, après avoir analysé toute la preuve pertinente dont il dispose, estime qu'il n'y a aucune raison de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements visés au par. 20(1). Le responsable de l'institution ne peut revenir sur une décision inopportune de communiquer des documents, car la communication de documents sans préavis et le préjudice qu'elle pourrait causer sont irréversibles. Donner l'avis au tiers dans tous les cas sauf ceux qui ne présentent aucune ambiguïté permet de réduire le risque qu'une communication inappropriée cause un préjudice irrémédiable à ce dernier. En outre, il se peut que le responsable de l'institution n'ait pas

to disclose without notice only where the exemptions clearly cannot apply.

[73] I turn to the second option, refusal to disclose without notice. It is important to recognize that the institutional head has a duty both to disclose non-exempt material *and* to refuse to disclose exempted material. Just as the institutional head must not deny access without due consideration, he or she also must give due consideration to whether access must clearly be refused. This latter point was well put by MacKay J. in *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113 (T.D.). He noted, at para. 47, that the institutional head's duty under s. 20 to refuse to disclose the information described in that section is not discharged by simply noting the possibility that the information may fall within the duty to refuse disclosure, but leaving it solely up to the third party to prove to the head's satisfaction that it ought not to be disclosed.

[74] Institutional heads must have some reason to believe that access cannot be refused without notice to the third party. They must apply their minds to the record in light of the known circumstances. They should be able to articulate a rational basis, emerging from this initial review, on which the exemptions from disclosure may not apply. To put it simply, institutional heads must take their duty *not* to disclose exempt third party information as seriously as their duty to disclose information that the Act requires to be disclosed.

suffisamment d'information pour décider correctement si les renseignements en cause sont soustraits à la divulgation; il a parfois besoin des observations du tiers pour prendre une décision éclairée. Par conséquent; le responsable de l'institution fera preuve de prudence et se conformera à la Loi en ne communiquant sans préavis que les documents qui ne sont manifestement pas visés par les exceptions.

[73] Passons à la deuxième option, à savoir le refus de divulguer les renseignements en cause sans donner l'avis au tiers. Il importe de reconnaître que le responsable de l'institution est tenu à la fois de divulguer les renseignements qui ne sont pas visés par une exception *et* de refuser la divulgation des renseignements qui, au contraire, le sont. Si le responsable ne doit pas refuser de divulguer de renseignements sans avoir dûment étudié la question, il lui incombe aussi de convenablement examiner la question de savoir s'il doit manifestement rejeter la demande d'accès à l'information. Le juge MacKay a bien formulé cette idée dans *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1994] A.C.F. n° 1059 (QL) (1^{re} inst.), où il a souligné, au par. 47, que le responsable de l'institution ne s'acquitte pas de l'obligation qui lui incombe aux termes de l'art. 20 de refuser de divulguer les renseignements visés à cet article s'il se contente de relever la possibilité que ceux-ci tombent sous le coup de cette obligation, laissant au tiers l'entière responsabilité d'établir à sa satisfaction que les renseignements ne doivent pas être divulgués.

[74] Le responsable de l'institution doit avoir une quelconque raison de croire qu'il ne peut refuser de communiquer les documents en cause sans avoir donné l'avis au tiers s'il en décide ainsi. Il doit donc examiner le dossier eu égard aux circonstances connues de lui afin d'être en mesure de dégager de cet examen initial un fondement rationnel lui permettant de conclure que les exceptions à la communication peuvent ne pas s'appliquer. Pour dire les choses simplement, le responsable de l'institution doit prendre autant au sérieux son obligation de *ne pas* divulguer les renseignements de tiers soustraits à la communication que l'obligation que la Loi lui impose de divulguer les renseignements qui peuvent l'être.

[75] That brings us to the two situations relevant to this case in which notice must be given under s. 27(1): first, when the head has reason to believe that the record might contain information described in s. 20(1); and, second, when the head proposes to disclose information severed from other information as required by s. 25. An element of each of these conditions is that the head “intends to disclose [a] record” and this phrase needs careful consideration. (I put to the side the situation in which the head proposes to use the s. 20(6) public interest override.)

[76] I turn first to the situation in which the head “intends to disclose any record . . . that the head of the institution has reason to believe might contain” exempted third party information. How, it may be asked, can the head “inten[d] to disclose” something that he or she has reason to believe is exempt from disclosure? The answer, in my view, is that the phrase “intends to disclose” must be understood in the context of the scheme of the Act. There need not be an actual, present intention to disclose in the sense of a decision taken subject only to being talked out of it by the third party. For the purposes of s. 27(1), the institutional head “intends to disclose” a record that might contain exempt information if the head concludes that he or she cannot direct either refusal or disclosure without notice according to the principles I have just outlined.

[77] As discussed earlier, in order to disclose third party information without giving notice, the head must have no reason to believe that the information might fall within the exemptions under s. 20(1). Conversely, in order to refuse disclosure without notice, the head must have no reason to believe that the record could be subject to disclosure. If the information does not fall within one of

[75] Cela nous amène aux deux situations pertinentes en l'espèce dans lesquelles le responsable de l'institution doit donner l'avis au tiers en application du par. 27(1) : il y a d'abord le cas où il a des raisons de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements visés au par. 20(1), et, ensuite, le cas où il compte divulguer des renseignements prélevés conformément à l'art. 25. Dans l'une et l'autre de ces situations, le responsable « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document », expression qu'il convient d'examiner attentivement. (Je laisse de côté la situation où le responsable compte se prévaloir de la dérogation prévue au par. 20(6) en matière d'intérêt public.)

[76] Considérons d'abord la situation où le responsable de l'institution « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document [qui] est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements de tiers soustraits à la divulgation. On peut se demander comment le responsable pourrait avoir « l'intention de donner communication » de quelque chose s'il a des raisons de croire que cette chose est soustraite à la communication. La réponse, selon moi, réside dans le fait qu'il convient d'interpréter ces mots eu égard au régime prévu par la Loi. Il n'est pas nécessaire que le responsable ait effectivement l'intention de donner communication de la chose, en ce sens qu'il ait déjà décidé qu'il la communiquerait à moins que le tiers ne le convainque de revenir sur sa décision. Pour l'application du par. 27(1), le responsable « a l'intention de donner communication » d'un document susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation s'il estime ne pas pouvoir en refuser la communication ou procéder à celle-ci sans donner de préavis à l'intéressé conformément aux principes que je viens d'exposer.

[77] Comme je l'ai déjà mentionné, pour divulguer des renseignements d'un tiers sans lui donner de préavis, le responsable de l'institution ne doit avoir aucune raison de croire qu'ils peuvent tomber sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). Inversement, pour refuser de les divulguer sans préavis, le responsable ne doit avoir aucune raison de croire que le document peut être

these clear categories, notice must be given. I would therefore interpret the phrase “intends to disclose” as referring to situations which fall between those in which the head concludes that neither disclosure nor refusal of disclosure without notice is required. In other words, the head “intends to disclose” a record “that the head . . . has reason to believe might contain” exempted information unless the head concludes either (a) that there is no reason to believe that it might contain exempted information (in which case disclosure without notice is required) or (b) that he or she has no reason to believe that disclosure could be required by the Act (in which case refusal of disclosure without notice is required). To the extent that the reasons of the Court of Appeal, at para. 34, suggest the head must have actually formed an opinion on the matter as opposed to simply having no “reason to believe”, I respectfully disagree.

[78] The approach I propose sets quite a low threshold for the requirement of giving notice. This is not only consistent with the text of the Act, but properly reflects the balance the Act strikes between disclosure and protection of third parties.

[79] Given the nature of the exemptions in issue — trade secrets, financial and other confidential information, etc. — the third party whose information is being considered is generally in a better position than the head of the institution to identify information that falls within one of the s. 20(1) exemptions. The third party knows and understands the industry in which it participates and has an intimate knowledge of the specific information, how it has been treated and the possible harm that could come from its disclosure. As Deschamps J., writing for the majority of the Court in *H.J. Heinz*, put it:

communiqué à la personne qui en fait la demande. Si les renseignements en cause n'appartiennent pas à l'une ou l'autre de ces catégories bien définies, le responsable doit donner l'avis à l'intéressé. J'estime donc que les mots « a l'intention de donner communication » font référence à des situations autres que celles où le responsable conclut que ni la communication ni le refus de celle-ci sans préavis ne sont des solutions acceptables. Autrement dit, le responsable « a l'intention de donner communication » d'un document qui « est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements soustraits à la divulgation, sauf s'il conclut a) qu'il n'y a aucune raison de croire que le document peut contenir pareils renseignements (dans ce cas, la communication sans préavis s'impose), ou b) qu'il n'a aucune raison de croire que la Loi impose la communication du document (dans ce cas, le refus de communication sans préavis s'impose). En toute déférence, je suis en désaccord avec la Cour d'appel fédérale dans la mesure où elle affirme, au par. 34 de ses motifs, que le responsable doit s'être fait une opinion à ce sujet au lieu de simplement n'avoir aucune raison de croire.

[78] L'approche que je propose établit un seuil très peu élevé en matière de préavis. Non seulement cela est-il compatible avec le texte de la Loi, mais encore, une telle approche reflète bien l'équilibre atteint par la Loi entre la communication de documents et la protection des tiers.

[79] Vu la nature des exceptions en cause — qui visent les secrets industriels, les renseignements financiers ainsi que d'autres types de renseignements de nature confidentielle —, le tiers dont les renseignements sont visés par une demande d'accès à l'information est, de façon générale, mieux placé que le responsable de l'institution pour relever les renseignements qui tombent sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). En effet, il connaît et comprend bien l'industrie dont il fait partie et il a une connaissance approfondie des renseignements en cause, de la façon dont ils ont été traités et du préjudice que pourrait causer leur divulgation. Comme l'a dit la juge Deschamps dans *Cie H.J. Heinz*, au nom des juges majoritaires :

The unique notice given to third parties is tied to the specific nature of the exemption. . . . [A] government institution would not have any specific knowledge of the business or scientific dealings of a third party In the case of confidential business information . . . the assistance of the third party is necessary for the government institution to know how, or if, the third party treated the information as confidential. Indeed, the third party's information management practices may be an important means of determining whether the information actually meets the definition of "confidential" Whether the information is confidential cannot be determined without representations from the third party. [References omitted; para. 51.]

[80] Moreover, observing a low threshold for third party notice ensures procedural fairness and reduces the risk that exempted information may be disclosed by mistake. In addition, because the giving of notice opens the way to judicial review of a decision to disclose, observing a low threshold for third party notice also accords with one of the Act's animating principles — that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government — while also being consistent with the principles that government information should be available to the public and that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)).

[81] The approach to notice I have just outlined makes sense of the statutory direction to give notice when the institutional head "intends to disclose any record . . . that the head of the institution has reason to believe might contain" exempt third party information. But what about the part of the provision that requires the institutional head to give notice when he or she "intends to disclose any record . . . that contains" such information? How, it might be asked, could the head form an intention to disclose any record that falls within the s. 20 exemptions and which he or she therefore has a duty not to disclose? The head obviously cannot form an intention to do what the Act prohibits. In my view, there are two answers. The first lies in s. 20(6), which allows disclosure of some otherwise exempt information in the public interest. This

L'avis unique qui est donné aux tiers est lié à la nature particulière de l'exception. [. . .] [L']institution fédérale n'a pas une connaissance précise des opérations commerciales ou scientifiques d'un tiers [. . .] [E]n ce qui concerne les renseignements commerciaux confidentiels, l'institution fédérale a besoin de l'aide du tiers pour savoir si celui-ci considère que les renseignements sont confidentiels ou pour connaître le traitement que le tiers leur a réservé. Les méthodes de gestion de l'information utilisées par le tiers peuvent être un moyen important de déterminer si les renseignements correspondent véritablement à la définition de ce qui est « confidentiel » [. . .] Il n'est pas possible de décider si les renseignements sont confidentiels sans les observations du tiers. [Références omises; par. 51.]

[80] De plus, l'application d'un critère peu exigeant en matière de préavis aux tiers garantit l'équité procédurale et réduit le risque que des renseignements ne pouvant être divulgués le soient par erreur. En outre, puisque le préavis ouvre la voie au contrôle judiciaire de la décision de divulguer les renseignements en cause, l'application d'un tel critère concorde aussi avec l'un des principes directeurs de la Loi, à savoir que les décisions en matière de communication des documents de l'administration fédérale sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif, tout en étant compatible avec le principe du droit du public à la communication de tels documents, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées (par. 2(1)).

[81] L'approche en matière de préavis que je viens de décrire donne un sens à l'obligation légale qui incombe au responsable de l'institution de donner un avis au tiers intéressé lorsqu'il « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document [. . .] s'il est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements du tiers soustraits à la divulgation. Mais qu'en est-il du passage de la disposition obligeant le responsable à donner avis au tiers intéressé de son « intention de donner communication [. . .] d'un document [. . .] si le document contient » pareils renseignements? Il est permis de se demander comment le responsable peut avoir l'intention de communiquer un document qui tombe sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues à l'art. 20 et qu'il est tenu, pour cette raison, de ne pas communiquer. De toute évidence, le responsable ne

so-called public interest override is not relevant here.

[82] The second answer lies in the severance provision in s. 25 of the Act. As noted, s. 25 requires the institutional head to disclose information in a record that contains exempted information where the disclosable information can reasonably be severed from the exempted information. Where the institutional head proposes to take the course required by s. 25, he or she “intends to disclose any record . . ., or any part thereof, that contains” exempted material. It follows, in my view, that notice is required whenever the head intends to disclose a record containing third party information by severing the non-exempt information and disclosing only that as required by s. 25.

[83] In this case, a document disclosed by the head to the requester without notice to Merck contained severed information pursuant to s. 25. In my respectful view, this was not in accordance with the requirements of the Act.

[84] To sum up my conclusions on s. 27(1):

(i) With respect to third party information, the institutional head has equally important duties to disclose and not to disclose and must take both duties equally seriously.

(ii) The institutional head:

- should *disclose* third party information *without notice* only where the

saurait avoir l'intention de faire ce que la Loi interdit. À mon avis, il y a deux réponses à cette question. La première se trouve au par. 20(6), qui autorise la divulgation, pour des raisons d'intérêt public, de certains renseignements par ailleurs soustraits à celle-ci. Ce principe dit de la dérogation en matière d'intérêt public n'est pas pertinent en l'espèce.

[82] La deuxième réponse se trouve dans la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25 de la Loi. Comme je l'ai déjà dit, l'art. 25 oblige le responsable de l'institution qui refuse la communication d'un document qui contient des renseignements soustraits à la divulgation à en communiquer les parties dépourvues de tels renseignements à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Le responsable qui compte suivre l'art. 25 a donc « l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document [qui] contient » des renseignements soustraits à la divulgation. Il s'ensuit, selon moi, que le préavis est requis dans les cas où le responsable a l'intention de communiquer un document qui contient des renseignements de tiers; dans un tel cas, le responsable doit prélever du document les renseignements qui ne sont pas protégés et ne divulguer que ces renseignements, comme l'exige l'art. 25.

[83] Dans la présente affaire, un document que le responsable de l'institution a communiqué au demandeur sans donner de préavis à Merck contenait des renseignements prélevés en application de l'art. 25. À mon humble avis, une telle façon de procéder n'était pas conforme aux exigences de la Loi.

[84] En somme, voici ce que je conclus au sujet du par. 27(1) :

(i) En ce qui concerne les renseignements de tiers, il incombe au responsable de l'institution une obligation de divulgation de même qu'une obligation de non-divulgation d'égale importance, et il doit prendre l'une tout aussi au sérieux que l'autre.

(ii) Le responsable de l'institution :

- ne doit *divulguer* des renseignements de tiers *sans préavis* que s'ils peuvent

information is clearly subject to disclosure, that is, there is *no reason to believe that it is exempt*;

- should *refuse to disclose* third party information *without notice* where the information is clearly exempt, that is, where there is no reason to believe that the information is subject to disclosure.

(iii) The institutional head must give notice if he or she:

- is in doubt about whether the information is exempt, in other words if the case does not fall under the situations set out in point (ii);
- intends to disclose exempted material to serve the public interest pursuant to s. 20(6); or
- intends to disclose severed material pursuant to s. 25.

(b) *The Nature of the Review by the Head of a Government Institution*

[85] Having established the threshold for notice and for disclosure without notice, the next question is what sort of review the institutional head should conduct in order to determine whether these thresholds have been met. Merck argues that the head of the institution must conduct a “genuine and thorough” analysis of whether a s. 20(1) exemption applies before forming any intention to disclose the record and sending a notice of intent to disclose to a third party (A.F., at para. 40). Forming an intention to disclose without such an analysis, Merck submits, would result in placing the onus on the third party to prove page by page, line by line, that the information falls within one of the s. 20(1) exemptions. Merck maintains that where, as is the

manifestement être divulgués, c’est-à-dire que s’il n’y a *aucune raison de croire qu’ils sont soustraits à la divulgation*;

- doit *refuser de divulguer* de tels renseignements *sans préavis* s’ils sont manifestement soustraits à la divulgation, c’est-à-dire s’il n’existe aucune raison de croire qu’ils peuvent être divulgués.

(iii) Le responsable de l’institution doit donner un préavis dans les cas suivants :

- il ne sait pas avec certitude si les renseignements sont soustraits à la divulgation; autrement dit, s’il ne se trouve pas dans la situation décrite au point (ii);
- il a l’intention de divulguer, pour des raisons d’intérêt public en vertu du par. 20(6), des renseignements soustraits à la divulgation;
- il a l’intention de divulguer des renseignements prélevés en application de l’art. 25.

b) *La nature de l’examen que doit faire le responsable d’une institution fédérale*

[85] Ayant établi les critères en matière de préavis et de communication sans préavis, je me pencherai maintenant sur la nature de l’examen que doit faire le responsable de l’institution pour décider s’il a été satisfait à ceux-ci. Selon Merck, le responsable est tenu, avant de former l’intention de communiquer le document et de faire parvenir au tiers intéressé un avis à cet effet, de faire une analyse [TRADUCTION] « véritable et approfondie » de la question de savoir si l’une ou l’autre des exceptions prévues au par. 20(1) s’applique (m.a., par. 40). Merck soutient qu’en formant cette intention sans d’abord procéder à une telle analyse le responsable imposerait au tiers le fardeau d’établir, pour chaque page et chaque ligne, que

case where NDS and SNDS records are involved, the head of the institution already knows that the record contains confidential information which is of value to competitors, it is unreasonable for the head of the institution to form the intention to disclose any part of the record without giving notice.

[86] Both the reviewing judge and the Court of Appeal disagreed with Merck on this point. They concluded that the Act did not require the head of the institution to undertake a genuine and thorough examination of the record before forming the intention to disclose part or all of it: see *Beaudry J.*, at para. 91 (2006 FC 1200); *C.A. reasons*, at paras. 112-14.

[87] There are important policy and practical considerations that must be balanced in order to decide what sort of review is required of the head when deciding to give notice. First, information should be disclosed whenever required by the Act. Second, third party confidential commercial information must receive the protection which the Act intends for it. Third, it is the duty of the institutional head to make the disclosure decision and respect the rights of third parties without simply shifting that responsibility onto the third party. While the head will often require the assistance of the third party in order to reach a decision about how the Act ought to apply, the duty to decide whether to disclose or not remains with the head. The head does not discharge that duty by simply giving notice at the first sign of potentially exempted information and leaving it to the third party to do all the work. The head is not entitled to simply put the entire onus of review on the third party. Finally, the practical constraints on the head must be considered. The head may not be well informed about the subject matter of the information and may therefore be disadvantaged in assessing it. The head is also bound by the time limits under the Act; one of the responsibilities

les renseignements qui s'y trouvent sont visés par l'une ou l'autre de ces exceptions. Toujours selon Merck, si le responsable sait déjà que le document en cause contient des renseignements de nature confidentielle qui ont de la valeur pour les concurrents du tiers intéressé, comme c'est le cas pour ce qui est d'un document concernant une PDN ou une PSDN, il agira de façon déraisonnable s'il forme l'intention de communiquer l'une ou l'autre partie du document sans donner d'avis à ce dernier.

[86] Le juge siégeant en révision et la Cour d'appel fédérale se sont dits en désaccord avec Merck sur ce point. Ils ont conclu que la Loi n'obligeait pas le responsable de l'institution à faire un examen véritable et approfondi du document avant de former l'intention d'en donner communication totale ou partielle : voir les motifs du juge *Beaudry*, par. 91 (2006 CF 1200); motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 112-114.

[87] Il faut concilier d'importantes considérations de politique et d'ordre pratique pour déterminer le type d'examen que le responsable de l'institution doit faire pour décider s'il doit donner l'avis au tiers. Premièrement, il convient de divulguer les renseignements visés dans chaque cas où la Loi l'exige. Deuxièmement, les renseignements commerciaux confidentiels du tiers doivent bénéficier de la protection prévue par la Loi. Troisièmement, il incombe au responsable de prendre la décision de divulguer ou non les renseignements visés et de respecter les droits du tiers en évitant de simplement lui transférer la responsabilité de prendre cette décision. Certes, le responsable aura souvent besoin de l'aide du tiers pour décider de la façon dont il convient d'appliquer la Loi, mais, en bout de ligne, c'est à lui qu'il incombe de décider de divulguer ou non les renseignements visés. Le responsable ne s'acquittera pas de cette obligation en se contentant de donner l'avis au tiers dès qu'il soupçonne que les renseignements visés sont susceptibles d'être soustraits à la divulgation et en le laissant faire tout le travail. Il ne peut se contenter d'imposer au tiers tout le fardeau d'examiner le dossier. Enfin, il faut prendre en compte les contraintes d'ordre pratique auxquelles le responsable est soumis. Il se peut que le responsable ne

of the head is to provide timely access to the record.

[88] In my view, the head must conduct a sufficient review of the requested material in order to decide if the threshold for notice, as I have discussed it above, has been met. The federal government's Access to Information Policy, Chapter 1-1, published in the Treasury Board Manual at the relevant time, specified that institutions must review each individual record to determine which portions, if any, may be excluded or exempted. This statement, in my view, correctly describes the nature of the review required before the decision is made to give notice to the third party. The institutional head must make a serious attempt to apply the exemptions within the constraints I have noted. The same principle applies, in my view, to the head's severance of material under s. 25. I will discuss that question more fully in the part of my reasons dealing with s. 25. However, my view is that applying s. 25 is part and parcel of the head's initial review, subject of course to the constraints I have mentioned.

[89] Once notice has been given, the third party has an opportunity to make its representations. At this point in the process, I am not convinced that it is useful to speak of the third party having an onus. The material filed on behalf of the respondent insisted that the third party has an onus to persuade it that the exemptions apply. Indeed, in a document entitled *Access to Information Act — Third Party Information — Operational Guidelines*, Health Canada describes what it requires as representations from a third party once a notice has been issued pursuant to s. 27(1). Health Canada refers to the Federal Court jurisprudence which holds that the third party bears the onus of establishing that the information falls under an exemption (p. 3 of the Guidelines). I do not think this

connaître pas très bien le sujet sur lequel portent les renseignements visés et qu'en conséquence il lui soit difficile de les apprécier. Par ailleurs, le responsable doit respecter les délais que la Loi lui impose, l'un de ses devoirs étant de permettre au demandeur de consulter les documents visés en temps opportun.

[88] Selon moi, le responsable de l'institution doit suffisamment examiner les documents visés par la demande d'accès à l'information pour être en mesure de décider si le seuil en matière de préavis a été atteint comme je l'ai décrit plus haut. La politique de l'administration fédérale en matière d'accès à l'information, qui figurait au chapitre 1-1 du Manuel du Conseil du Trésor à l'époque pertinente, précisait que l'institution devait examiner chacun des documents afin de déterminer quelles parties devaient, le cas échéant, faire l'objet d'une exclusion ou d'une exception. Selon moi, cela décrit correctement la nature de l'examen à faire avant de décider s'il convient ou non de donner l'avis au tiers. Le responsable doit véritablement se demander si l'une ou l'autre des exceptions s'applique, et ce dans les limites que j'ai décrites. À mon avis, le même principe s'applique au prélèvement de renseignements en application de l'art. 25. J'examinerai cette question plus en détail dans la partie de mes motifs qui traite de cet article. J'estime toutefois que l'application de l'art. 25 fait partie intégrante de l'examen initial que doit faire le responsable, sous réserve, évidemment, des limites que j'ai mentionnées.

[89] Une fois l'avis donné, le tiers peut formuler ses observations. À ce stade du processus, je ne suis pas convaincu qu'il soit utile de discuter de la question de savoir si le tiers doit se décharger d'un fardeau. Selon les documents déposés pour le compte de l'intimé, il incombe au tiers de le convaincre que les exceptions s'appliquent. En effet, dans un document intitulé *Lignes directrices opérationnelles concernant la Loi sur l'accès à l'information et l'information portant sur des tiers*, Santé Canada décrit les observations que le tiers doit lui soumettre une fois l'avis donné conformément au par. 27(1). Santé Canada fait référence à la jurisprudence de la Cour fédérale, qui mentionne qu'il incombe au tiers le fardeau d'établir que les renseignements sont visés par une exception (p. 3 des lignes directrices).

reference is apt. There is no doubt that, once the head has given notice of a decision to disclose, the third party has the onus to show why this decision was wrong on judicial review under s. 44: see, e.g., *Maislin Industries Ltd. v. Minister of Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939, at pp. 942-43; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, at p. 65; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265, at p. 276; *Air Atonabee*, at p. 263. However, the responsibility to decide whether disclosure is required or prohibited by the Act rests initially with the institutional head.

[90] From the third party's perspective, it is, of course, prudent and in accordance with common sense to be as helpful as it can be in identifying precisely why disclosure is not permitted. Nonetheless, the head must make a serious attempt, with the available information and having regard to the practical constraints, to discharge the responsibility imposed by the Act to apply the requirements to disclose or not to disclose. A cooperative approach is necessary in order for the system to work. The head cannot simply shift his or her responsibility onto the third party and similarly the third party must provide reasonable assistance to the head in carrying out his or her duties under the Act.

[91] At this stage of the proceedings, there is no point in retracing the interchanges between the parties to decide if the notice provisions and the appropriate level of review were correctly applied throughout. I have already indicated that notice must be given if the record is subject to s. 25 and I have described the threshold for giving of notice and the obligations of the institutional head to review the record. However, it may be useful to observe that the impression I have is that both Merck and Health Canada at times took rather extreme positions that were not in accordance with the purpose,

Il a tort de le faire. Il ne fait aucun doute qu'à partir du moment où le responsable de l'institution a fait part de sa décision de divulguer les renseignements visés il appartient au tiers de démontrer, dans le cadre d'un recours en révision judiciaire exercé en vertu de l'art. 44, pourquoi cette décision était erronée : voir, p. ex., *Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939, p. 942-943; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47, p. 65; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265, p. 276; *Air Atonabee*, par. 25. Toutefois, c'est d'abord au responsable de l'institution qu'il revient de décider si la Loi impose ou, au contraire, interdit la divulgation des renseignements.

[90] Du point de vue du tiers, il est bien sûr prudent et conforme au bon sens d'aider le plus possible le responsable de l'institution à déterminer précisément pourquoi la divulgation des renseignements en cause n'est pas autorisée. Néanmoins, le responsable doit véritablement tenter, compte tenu de l'information dont il dispose et des contraintes d'ordre pratique, de s'acquitter de l'obligation que la Loi lui impose de décider, sur la base des exigences de celle-ci, s'il doit ou non divulguer les renseignements. Pour que le système fonctionne, il est nécessaire d'adopter une approche axée sur la coopération. Le responsable ne peut se contenter d'imposer au tiers le fardeau qui lui incombe d'examiner le dossier et, dans le même ordre d'idée, le tiers doit prêter raisonnablement assistance au responsable afin de l'aider à s'acquitter des obligations que la Loi lui impose.

[91] À ce stade des procédures, il ne sert à rien de retracer les échanges qui ont eu lieu entre les parties pour décider si les dispositions en matière de préavis et le degré convenable d'examen ont été correctement appliqués du début à la fin. J'ai déjà mentionné que l'avis doit être donné si le dossier est visé par l'art. 25 et j'ai décrit le seuil à atteindre en matière de préavis ainsi que les obligations du responsable de l'institution d'examiner le dossier. Toutefois, il peut être utile de mentionner que, selon moi, Merck et Santé Canada ont parfois adopté des positions plutôt extrêmes qui ne s'accordaient pas

letter or spirit of the Act. The record suggests both that the institutional head emphasized the duty to disclose rather than the equally important duty not to disclose and that Merck was not as helpful as it could have been in making clear and targeted submissions in relation to its various objections. It is to be hoped that the clarifications that I have set out above will lead to more constructive and cooperative approaches to these issues in the future.

(3) What Are the Applicable Burden and Standard of Proof on a Third Party Claiming a Section 20(1) Exemption?

(a) *The Burden of Proof*

[92] Who bears the burden is not controversial. The third party bears the burden of showing why disclosure should not be made when it seeks judicial review (under s. 44 of the Act) of the head's decision to disclose material which has been the subject of a notice under s. 27. This has been clear since the early case law construing the Act: see, e.g., *Maislin Industries*.

(b) *The Standard of Proof*

[93] The applicable standard of proof is less clear. Merck argues that the Federal Court of Appeal erred in applying a heavier standard of proof than that of the balance of probabilities. For example, at para. 62, in the context of her analysis of s. 20(1)(b), Desjardins J.A. spoke of there being a “heavy” burden on the objecting party. Similarly, in relation to s. 20(1)(a), she referred, at para. 54, to a “high threshold”.

[94] This notion of a “heavy burden” appears in many places in the jurisprudence relating to the exemptions: see, e.g., *AstraZeneca Canada*

avec l'objet, la lettre ou l'esprit de la Loi. Il ressort du dossier que le responsable de l'institution en l'es-pèce a mis l'accent sur l'obligation de divulguer des renseignements plutôt que sur l'obligation tout aussi importante de ne pas en divulguer, et que Merck ne lui a pas prêté toute l'assistance voulue, ses obser-vations à l'égard des diverses objections qu'elle a formulées manquant de clarté et de précision. Il faut espérer que les éclaircissements que j'ai expo-sés susciteront l'adoption d'approches davantage constructives et axées sur la coopération relative-ment à ces questions.

(3) Quels sont le fardeau et la norme de preuve applicables dans le cas d'un tiers qui invoque une exception prévue au par. 20(1)?

a) *Le fardeau de la preuve*

[92] La question de savoir à qui incombe le far-deau de la preuve ne suscite aucune controverse. C'est au tiers qui demande le contrôle judiciaire (en vertu de l'art. 44 de la Loi) de la décision du responsable de l'institution de communiquer tout document ayant fait l'objet de l'avis prévu à l'art. 27 qu'il incombe de démontrer pourquoi le document ne doit pas être communiqué. Il y a longtemps que ce principe a été établi dans la jurisprudence rela-tive à l'interprétation de la Loi : voir, p. ex., *Maislin Industries*.

b) *La norme de preuve*

[93] La question de savoir quelle norme de preuve il convient d'appliquer est moins claire. Merck pré-tend que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en appliquant une norme de preuve plus exi-geante que celle de la prépondérance des probabi-lités. Par exemple, au par. 62, la juge Desjardins mentionne, dans le contexte de son analyse de l'al. 20(1)(b), qu'il incombe à la partie qui s'oppose à la divulgation un fardeau « lourd ». Dans le même ordre d'idée, elle parle, au par. 54, d'un « seuil [qui] est élevé » relativement à l'al. 20(1)(a).

[94] Cette notion de « fardeau lourd » figure souvent dans la jurisprudence relative aux excep-tions : voir, p. ex., *AstraZeneca Canada Inc. c.*

Inc. v. Canada (Minister of Health), 2005 FC 189 (CanLII) (with supplementary reasons at 2005 FC 648 (CanLII)), at para. 52, aff'd 2006 FCA 241, 353 N.R. 84, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.) ("*Canada v. Canada*"), at p. 441. However, it is important to differentiate between the standard of proof and how readily that standard may be attained in a given case. It is now settled law that there is only one civil standard of proof at common law and that standard is proof on the balance of probabilities: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 40. Nothing in the Act suggests that we should depart from this standard. However, as noted in *McDougall*, "context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences" (para. 40). Proof of risk of future harm, for example, is often not easy. Rothstein J. (then of the Federal Court) captured this point in *Canada v. Canada* where he noted that there is a "heavy onus" on a party attempting to prove future harm while underlining that the obligation to do so requires proof on a balance of probabilities (p. 476). Therefore, I conclude that a third party must establish that the statutory exemption applies on the balance of probabilities. However, what evidence will be required to reach that standard will be affected by the nature of the proposition the third party seeks to establish and the particular context of the case.

[95] Turning to the Court of Appeal's reasons in the present case, I am of the opinion that they applied a higher burden than the civil standard of the balance of probabilities in relation to the s. 20(1)(a) and (b) exemptions. As noted, the court called for a "high threshold" in relation to s. 20(1)(a) (para. 54) and applied a "heavy" burden in relation to s. 20(1)(b) (para. 62). While exemptions are the exception and disclosure the general rule, with any doubt being resolved in favour of disclosure, the applicable standard of

Canada (Ministre de la Santé), 2005 CF 189 (CanLII) (avec motifs supplémentaires dans 2005 CF 648 (CanLII)), par. 52, conf. par 2006 CAF 241 (CanLII), et *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.) (« *Canada c. Canada* »), p. 441. Toutefois, il est important de faire la distinction entre la norme de preuve et la facilité avec laquelle cette norme peut être satisfaite dans un cas donné. Il est maintenant bien établi en droit qu'il n'existe, en common law, qu'une seule norme de preuve en matière civile, soit celle de la prépondérance des probabilités : *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40. Rien dans la Loi ne donne à penser que nous devrions nous écarter de cette norme. Toutefois, comme il a été souligné dans *McDougall*, « [l]e contexte constitue [. . .] un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s'y prêtent, de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences » (par. 40). La preuve d'un risque de préjudice futur, par exemple, n'est souvent pas facile à faire. Le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour) a bien expliqué ce point dans *Canada c. Canada*, où il a souligné que la partie qui tente de prouver qu'il existe un risque de préjudice futur doit s'acquitter d'une « lourde charge » et que cette obligation exige une preuve selon la prépondérance des probabilités (p. 476). Par conséquent, je conclus que le tiers doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que l'exception prévue par la loi s'applique. Cependant, la preuve qui sera nécessaire pour satisfaire à cette norme dépendra de la nature de la thèse que le tiers cherche à faire valoir et du contexte particulier de l'affaire.

[95] En ce qui concerne les motifs exposés par la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire, je suis d'avis que celle-ci a appliqué une norme plus exigeante que la norme civile de la prépondérance des probabilités relativement aux exceptions prévues aux al. 20(1)a) et b). Comme il a été souligné, la cour a parlé d'un « seuil [qui] est élevé » relativement à l'al. 20(1)a) (par. 54) et appliqué un fardeau « lourd » relativement à l'al. 20(1)b) (par. 62). Bien que la divulgation soit la règle générale et non pas l'exception et qu'en cas de doute il faille

proof is still the civil standard of the balance of probabilities.

B. *The Section 20(1)(a), (b) or (c) Exemptions*

(1) Overview of the Exemptions

[96] The Act contains a number of exemptions from the general rule of disclosure. The ones relevant to these appeals relate to third party confidential commercial information as set out in s. 20(1). The appeals raise a number of issues about the interpretation of these exemptions. Before turning to those issues, however, it will be helpful to put the s. 20(1) exemptions in the context of the other exemptions in the Act.

[97] The Act sets out a series of exemptions listed from ss. 13 to 26. They may be categorized according to whether they are class- or harm-based exemptions and according to whether they are mandatory or discretionary. Where there is a class exemption, the exemption applies to all records determined to fall into that class of record. However, a harm-based exemption applies only if the specified harm or risk of harm is present. Some exemptions are mandatory: once the record has been shown to fall within the exemption, the head of the institution has no discretion and must refuse to disclose it, subject only to any applicable override, such as the one found in s. 20(6), a topic not in issue here. Other exemptions are discretionary: once there has been an initial determination that the record falls within the statutory exemption, the head has discretion as to whether or not disclosure will be refused or granted.

[98] Turning specifically to the s. 20(1) exemptions for third party confidential commercial information, it is clear that all of these third party exemptions are mandatory: if the record falls within the

la permettre, la norme de preuve qu'il convient d'appliquer est toujours la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités.

B. *Les exceptions prévues aux al. 20(1)a, b) et c)*

(1) Aperçu des exceptions

[96] La Loi comprend un certain nombre d'exceptions à la règle générale de divulgation. Les exceptions qui sont pertinentes aux présents pourvois sont celles prévues au par. 20(1) à l'égard des renseignements commerciaux confidentiels de tiers. Les pourvois soulèvent un certain nombre de questions concernant l'interprétation de ces exceptions. Toutefois, avant d'aborder ces questions, il serait utile de placer les exceptions du par. 20(1) dans le contexte des autres exceptions prévues par la Loi.

[97] La Loi prévoit toute une série d'exceptions, de l'art. 13 à l'art. 26, qui peuvent être classées selon qu'il s'agit d'exceptions catégorielles ou d'exceptions visant à éviter un préjudice, et selon qu'elles sont obligatoires ou discrétionnaires. L'exception catégorielle est celle qui s'applique à tous les documents appartenant à la même catégorie. Par contraste, l'exception visant à éviter un préjudice ne s'applique que s'il y a un préjudice ou un risque de préjudice. Certaines exceptions sont obligatoires : s'il est établi que le document en cause est visé par l'exception, le responsable de l'institution n'aura pas le pouvoir discrétionnaire de décider de le communiquer; il devra refuser de le faire, sous réserve seulement de l'application de l'une ou l'autre des dispositions dérogeantes, tel le par. 20(6). Quoiqu'il en soit, nous n'avons pas à nous préoccuper de cette question. D'autres exceptions sont discrétionnaires : si l'on conclut au départ que le dossier est visé par l'exception prévue par la loi, le responsable aura le pouvoir discrétionnaire de décider s'il communiquera ou non le document en cause.

[98] Pour ce qui est des exceptions en matière de renseignements commerciaux confidentiels de tiers prévues au par. 20(1), il est clair que toutes ces exceptions touchant des tiers sont obligatoires : si le

exemption, the head must refuse to disclose it (putting aside the s. 20(6) public interest override):

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

[99] The trade secrets (s. 20(1)(a)) and the confidential information (s. 20(1)(b)) exemptions are class-based: once information in the record corresponds to the statutory provision, that information is exempted and the head must refuse to disclose it. The s. 20(1)(c) exemption is harm-based and applies only if disclosure could reasonably be expected to result in material financial loss or gain or to prejudice the competitive position of a third party.

(2) Section 20(1)(a): The Trade Secrets Exemption

(a) *Introduction*

[100] Section 20(1)(a) of the Act provides an exemption from disclosure for “any record . . . that contains trade secrets of a third party”. The issues for decision here are first, how should “trade secrets” be defined and, second, did the Federal Court of Appeal err in its approach to s. 20(1)(a) in this case.

[101] In the NDS matter, the reviewing judge found that some parts of the record contained trade secrets and that they should be exempted from disclosure. However, he did not set out any definition of the term “trade secrets” or any chain of reasoning that led him to this conclusion. In the SNDS file, he did not find any documents to which the trade secrets exemption applied.

[102] The Court of Appeal took issue with the reviewing judge’s conclusion about the legal test for trade secrets and the sort of evidence that is

document en cause est visé par l’exception, le responsable de l’institution doit refuser de le communiquer (abstraction faite de la dérogation en matière d’intérêt public prévue au par. 20(6)) :

20. (1) Le responsable d’une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant

[99] Les exceptions en matière de secrets industriels (al. 20(1)a)) et de renseignements de nature confidentielle (al. 20(1)b)) sont catégorielles : si les renseignements contenus dans le document en cause sont visés par la disposition législative, l’exception s’applique et le responsable de l’institution doit refuser de les divulguer. Enfin, l’exception prévue à l’al. 20(1)c) en est une qui vise à éviter un préjudice et elle ne s’applique que si la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou des profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité.

(2) L’alinéa 20(1)a) : l’exception en matière de secrets industriels

a) *Introduction*

[100] L’alinéa 20(1)a) de la Loi prévoit une exception qui s’applique aux « documents contenant [. . .] des secrets industriels de tiers ». À cet égard, il faut d’abord se demander comment définir les « secrets industriels » et, ensuite, si la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en appliquant cet alinéa.

[101] En ce qui concerne la PDN, le juge siégeant en révision a conclu que certaines parties du dossier contenaient des secrets industriels et qu’elles devaient être soustraites à la communication. Toutefois, il n’a ni défini les « secrets industriels », ni exposé le raisonnement qui avait mené à cette conclusion. Pour ce qui est du dossier de la PSDN, il n’a pas conclu que l’un ou l’autre des documents en cause était visé par cette exception.

[102] La Cour d’appel fédérale a mis en doute la conclusion du juge siégeant en révision concernant le critère juridique applicable aux secrets industriels

required to bring a record within the exemption. It noted that the reviewing judge had failed to set out the applicable legal test or how it applied to the documents which he found to be exempt. The Court of Appeal found that the proper test was that set out in the reasons of Strayer J. (as he then was) in *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.), at pp. 62-63, and as elaborated on by Phelan J. in *AstraZeneca*, at paras. 62-65. The Court of Appeal also concluded that the evidence to support such an exemption would have to meet a “high threshold” and that “[a]nyone who relies on that provision must necessarily furnish specific, objective and detailed evidence that the information constitutes a trade secret” (para. 54). Finding that Merck’s statements on trade secrets were very broad and entangled with its s. 20(1)(b) claims, the Court of Appeal concluded that Merck had not met its burden of providing objective and specific evidence that any of the records contained information that constituted a trade secret.

(b) *The Definition of “Trade Secrets”*

[103] I agree with the Federal Court of Appeal that the approach to trade secrets set out by Phelan J. in *AstraZeneca* is correct, although I do not find it helpful to characterize this as a restrictive definition or as setting a high threshold. My reasons follow.

[104] Under the modern approach to statutory interpretation, the interpretation of “trade secrets” must take into account the text, purpose and scheme of the legislation (*Rizzo*, at para. 21). Turning first to the text, there is no definition of “trade secrets” in the Act. Given that fact and that the term is a familiar legal term which has only a technical meaning, I infer that Parliament intended that the technical legal definition should apply: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 57-58. However,

et le type de preuve nécessaire pour conclure qu’un document donné est visé par l’exception. Elle a souligné que le juge siégeant en révision n’avait ni mentionné le critère juridique applicable, ni expliqué comment celui-ci s’appliquait aux documents qui, selon lui, étaient visés par l’exception. La Cour d’appel fédérale a conclu que le critère applicable était celui que le juge Strayer (plus tard juge de la Cour d’appel fédérale) a décrit dans les motifs qu’il a exposés dans *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d’État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (QL) (1^{re} inst.), par. 7, et que le juge Phelan a expliqués en détail dans *AstraZeneca*, par. 62-65. La Cour d’appel fédérale a également conclu que la preuve nécessaire pour invoquer cette exception devait atteindre un « seuil [qui] est élevé » et que « celui qui l’invoque doit fournir une preuve spécifique, objective et précise qu’un renseignement constitue un secret industriel » (par. 54). Après avoir conclu que ses déclarations à l’égard des secrets industriels étaient très générales et entremêlées à ses demandes fondées sur l’al. 20(1)b), la Cour d’appel fédérale a conclu que Merck ne s’était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de fournir une preuve objective et spécifique établissant que l’un ou l’autre des documents en cause contenait des renseignements qui constituaient des secrets industriels.

b) *La définition de « secrets industriels »*

[103] Je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale que l’approche décrite par le juge Phelan dans *AstraZeneca* en matière de secrets industriels est juste, mais je ne crois pas utile de la qualifier de définition restrictive ou d’approche fixant un seuil élevé, et voici pourquoi.

[104] Selon l’approche moderne en matière d’interprétation des lois, l’interprétation du terme « secrets industriels » doit tenir compte du libellé de la loi, de son objectif et du régime qu’elle prévoit (*Rizzo*, par. 21). Tout d’abord, en ce qui concerne le libellé, la Loi ne définit pas en quoi consistent les « secrets industriels ». Compte tenu de ce fait, et comme il s’agit d’un terme juridique familier dont le sens est purement technique, je conclus que le législateur voulait que la définition juridique technique de ce terme s’applique : voir R. Sullivan, *Sullivan on*

although “trade secrets” is a technical legal term, it does not have a comprehensive definition: R. T. Hughes, D. P. Clarizio and N. Armstrong, *Hughes & Woodley on Patents* (2nd ed. (loose-leaf)), at §102; R. T. Hughes and D. P. Clarizio, *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs* (2007), “Trade Secret”, at para. HPT-180.

[105] I turn next to the broad legal context of the term as understood in the civil and common law. In Quebec civil law, two expressions are used to convey the notion of trade secret: “*secret industriel*” and “*secret commercial*”. While these are technical legal terms, as they are in the common law, they do not have comprehensive definitions. R. Doray and F. Charette, in *Accès à l’information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires* (loose-leaf), at p. II/22-4, in fact suggest that “*secret industriel*” is a common law notion. I would note, however, that the French-language phrase “*secrets industriels*”, which is the phrase used in the French version of the Act, suggests that the information referred to must relate to a technical matter capable of commercial or industrial application: see S. Parisien, *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec* (1993), at pp. 22-25, on the meaning of “*secret industriel*” in the equivalent Quebec legislation. At common law, it is clear that a trade secret is a subset of confidential commercial information, but, other than in the employment setting, the common law has tended not to make a clear distinction between trade secrets and the broader category of confidential commercial information: see, e.g., *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, at pp. 974-75; D. Vaver, “Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253, at p. 258.

[106] Turning next to the scheme of the Act, this distinction between trade secrets and confidential commercial information finds expression in ss. 20(1)(a) and 20(1)(b). The former provision provides

the Construction of Statutes (5^e éd. 2008), p. 57-58. Toutefois, même s’il a un sens technique propre au domaine juridique, le terme « secrets industriels » ne fait l’objet d’aucune définition exhaustive : R. T. Hughes, D. P. Clarizio et N. Armstrong, *Hughes & Woodley on Patents* (2^e éd. (feuilles mobiles)), §102; R. T. Hughes et D. P. Clarizio, *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs* (2007), « Trade Secret », par. HPT-180.

[105] J’examinerai maintenant le contexte juridique général du terme au sens du droit civil et de la common law. En droit civil québécois, deux expressions sont utilisées pour transmettre l’idée de secret industriel : « secret industriel » et « secret commercial ». Bien qu’il s’agisse de termes techniques propres au domaine juridique, comme c’est le cas en common law, ils ne sont pas l’objet de définitions exhaustives. En fait, R. Doray et F. Charette affirment dans l’ouvrage intitulé *Accès à l’information : loi annotée : jurisprudence, analyse et commentaires* (feuilles mobiles), à la p. II/22-4, que le « secret industriel » est une notion de common law. Je souligne toutefois que le terme « secrets industriels », qui est utilisé dans la Loi, donne à penser que les renseignements en cause doivent se rapporter à un aspect technique susceptible d’application commerciale ou industrielle : voir S. Parisien, *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec* (1993), p. 22-25, quant au sens du terme « secret industriel » dans la loi québécoise correspondante. En common law, il est clair que les secrets industriels sont une sous-catégorie de renseignements commerciaux de nature confidentielle, mais, sauf dans le contexte du droit du travail, on a eu tendance à ne pas faire de distinction nette entre les secrets industriels et la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle : voir, p. ex., *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, p. 974-975; D. Vaver, « Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 253, p. 258.

[106] En ce qui concerne le régime prévu par la Loi, cette distinction entre les secrets industriels et les renseignements commerciaux de nature confidentielle se reflète aux al. 20(1)a) et b). La première

for an exemption for trade secrets, while the latter provision provides separately for an exemption for confidential financial, commercial, scientific or technical information. This suggests that “trade secrets” in s. 20(1)(a) was intended to be a narrower concept than the more general class of confidential, financial, commercial, scientific or technical information set out in s. 20(1)(b). That a narrower ambit for trade secrets must have been intended is reinforced by the fact that the trade secrets exemption is not subject to the public interest override in s. 20(6), while the confidential information exemption in s. 20(1)(b) is subject to it. This approach also accords with the principle that exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)). In this way, the Act’s purpose of providing broad access rights is protected.

[107] I turn to discuss a few of the leading authorities. One often-cited case is the decision of Chevrier J. in *R. I. Crain Ltd. v. Ashton*, [1949] O.R. 303 (H.C.J.), aff’d [1950] O.R. 62 (C.A.). In the context of an action against a former employee to restrain disclosure of the former employer’s trade secrets, several characteristics of a trade secret are set out. These include that it is a plan or process, tool, mechanism or compound known only to its owner and his employees to whom it is necessary to confide it and that it usually is understood to mean a secret formula or process *not patented* but known only to certain individuals using it in compounding some article of trade having a commercial value (pp. 308-9).

[108] I should refer as well to two other influential decisions concerning the definition of a “trade secret”. In *Société Gamma*, Strayer J. considered Société’s claim that tender submissions it made in connection with its bid to obtain a contract for translation services constituted a trade secret and

disposition prévoit une exception en matière de secrets industriels, alors que la seconde prévoit des exceptions distinctes pour ce qui est des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques qui sont de nature confidentielle. Cela donne à penser que le législateur a voulu que la notion de « secrets industriels » dont il est question à l’al. 20(1)a) soit plus étroite que la catégorie plus générale des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle mentionnés à l’al. 20(1)b). Cette hypothèse est étayée par le fait que l’exception relative aux secrets industriels n’est pas visée par la dérogation en matière d’intérêt public prévue au par. 20(6), contrairement à celle qui se rapporte aux renseignements de nature confidentielle prévue à l’al. 20(1)b). Cette approche est également compatible avec le principe que les exceptions au droit d’accès aux documents de l’administration fédérale doivent être précises et limitées (par. 2(1)). Ainsi, l’objet de la Loi, qui vise à accorder des droits d’accès étendus, est protégé.

[107] J’examinerai maintenant quelques-unes des décisions de principe en la matière. On invoque souvent la décision rendue par le juge Chevrier dans *R. I. Crain Ltd. c. Ashton*, [1949] O.R. 303 (H.C.J.), conf. par [1950] O.R. 62 (C.A.). Dans le contexte d’une action intentée par un employeur contre un ancien employé afin d’empêcher la divulgation de ses secrets industriels, plusieurs des caractéristiques du secret industriel ont été décrites. Il peut s’agir d’un plan ou procédé, d’un outil, d’un mécanisme ou d’un composé, qui n’est connu que de son propriétaire et de ses employés à qui il est nécessaire de le confier, et qui s’entend habituellement d’une formule secrète ou d’un procédé *non brevetés* qui ne sont connus que de certaines personnes qui l’utilisent dans la composition d’un quelconque article de commerce ayant une valeur commerciale (p. 308-309).

[108] Je crois utile de faire aussi mention de deux autres décisions influentes concernant la définition du « secret industriel ». Dans *Société Gamma*, le juge Strayer a examiné la prétention de la requérante selon laquelle les appels d’offres qu’elle avait faits en vue d’obtenir un contrat de services

were therefore exempt from disclosure. He noted that there is no need to demonstrate harm in order to fall within either the trade secret or the confidential commercial information exemption and that there must be some difference between a “trade secret” and something which is merely “confidential” and supplied to a government institution. He then defined “trade secret” as follows, at pp. 62-63:

I am of the view that a trade secret must be something, probably of a technical nature,* which is guarded very closely and is of such peculiar value to the owner of the trade secret that harm to him would be presumed by its mere disclosure.

* This impression is strengthened by the French version which uses the term “secrets industriels” as the equivalent of “trade secret”.

[109] Another influential decision is that of Phelan J. in *AstraZeneca*, which was a review of a decision to release records related to an NDS. Phelan J. held that Parliament’s intention was to protect genuine trade secrets based on the common law definition of the term. He cited the *Société Gamma* definition, but noted that the question is not whether the interpretation of “trade secrets” should be broad or narrow but whether the record falls within the legal definition of “trade secrets” (paras. 62-63). He referred with apparent approval to Health Canada’s *Access to Information Act — Third Party Information — Operational Guidelines*, which sets out four criteria to be met by a trade secret (para. 64). These elements are the same as in the Guidelines in evidence before us, which read:

- the information must be secret in an absolute or relative sense (i.e. known only by one or a relatively small number of persons);

de traduction constituaient un secret industriel et étaient donc soustraits à la communication. Il a souligné qu’il n’était pas nécessaire d’établir l’existence d’un préjudice afin de bénéficier de l’exception en matière de secret industriel ou de celle relative aux renseignements commerciaux de nature confidentielle, et qu’il devait y avoir une certaine différence entre le « secret industriel » et le simple renseignement « confidentiel » fourni à une institution fédérale. Il a ensuite défini comme suit le « secret industriel », au par. 7 :

Pour ma part, j’estime qu’un secret industriel doit être un renseignement, probablement de caractère technique* que l’on garde très jalousement et qui est pour celui qui le possède tellement précieux que sa seule divulgation ferait naître en faveur de ce possesseur une présomption de préjudice.

* La version française, qui donne « secrets industriels » comme équivalent de l’expression anglaise « trade secrets », vient renforcer cette impression.

[109] Je mentionne également la décision influente que le juge Phelan a rendue dans *AstraZeneca*. Il s’agissait de l’examen d’une décision de communiquer des documents liés à une PDN. Le juge Phelan a conclu que l’intention du législateur était de protéger les secrets industriels véritables selon la définition du terme en common law. Il a fait référence à la définition de ce terme dans *Société Gamma*, mais a souligné que la question n’était pas tant de savoir s’il convenait d’interpréter cette définition de façon large ou restrictive, mais plutôt si les renseignements en cause étaient visés par la définition juridique du « secret industriel » (par. 62-63). Il a fait mention, apparemment avec approbation, d’un document de Santé Canada intitulé *Lignes directrices opérationnelles concernant la Loi sur l’accès à l’information et l’information portant sur des tiers*, qui prévoit quatre critères à satisfaire pour que le renseignement visé constitue un secret industriel (par. 64). Ces éléments sont les mêmes que ceux qui figurent dans les lignes directrices dont nous sommes saisis, qui sont ainsi libellés :

- l’information doit être secrète dans un sens absolu ou relatif (c’est-à-dire qu’elle est connue seulement d’une ou de quelques personnes);

- the possessor of the information must demonstrate that he has acted with the intention to treat the information as secret;
- the information must be capable of industrial or commercial application;
- the possessor must have an interest (e.g. an economic interest) worthy of legal protection. [Annex A]

[110] Phelan J. concluded, at para. 65:

The type of information which could potentially fall into this class includes the chemical composition of a product and the manufacturing processes used. However, it is not every process or test which would fall into this class particularly where such process or test is common in a particular industry.

[111] Health Canada argues that this is the appropriate definition of “trade secret”. I agree. I particularly underline Phelan J.’s comment that the point is not whether the term is to receive a “broad” or a “narrow” definition (para. 63), but rather that the term should be given its traditional legal meaning.

[112] Phelan J.’s reasons, along with the portion of the Guidelines which he adopts, appropriately capture that traditional legal meaning. A “trade secret” for the purposes of s. 20(1) of the Act should be understood as being a plan or process, tool, mechanism or compound which possesses each of the four characteristics set out in the Guidelines which I have quoted above. This approach is consistent with the common law definition of “trade secrets” and takes account of the clear legislative intent that a trade secret is something different from the broader category of confidential commercial information which is separately and specifically protected under the Act. This approach is also consistent with the use of “*secrets industriels*” in the French version of the Act, as discussed above.

[113] Merck suggests that the *Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5, s. 19(4),

- le détenteur de l’information doit démontrer qu’il a agi avec l’intention de traiter l’information comme si elle était secrète;

- l’information doit avoir une application pratique dans le secteur industriel ou commercial;

- le détenteur doit avoir un intérêt (par exemple, un intérêt économique) digne d’être protégé par la loi. [annexe A]

[110] Le juge Phelan a conclu ce qui suit, au par. 65 :

Le genre de renseignements qui est susceptible de tomber dans cette catégorie inclut la composition chimique d’un produit et les procédés de fabrication utilisés. Toutefois, ce ne sont pas tous les procédés ou tous les essais qui se rangeraient dans cette catégorie, surtout lorsque, dans une industrie particulière, le procédé ou l’essai en question est répandu.

[111] Santé Canada prétend qu’il s’agit là de la définition correcte du « secret industriel ». Je sous-cris à cette opinion. Je souligne en particulier les propos du juge Phelan selon lesquels la question n’est pas de savoir si le terme doit être défini de façon « large » ou « restrictive » (par. 63), mais plutôt si le terme devrait recevoir son sens juridique traditionnel.

[112] Les motifs du juge Phelan, ainsi que la partie des lignes directrices qu’il adopte, traduisent convenablement ce sens juridique traditionnel. Pour les fins du par. 20(1) de la Loi, le « secret industriel » doit s’entendre d’un plan ou procédé, d’un outil, d’un mécanisme ou d’un composé qui possède chacune des quatre caractéristiques énoncées dans les lignes directrices et dont je viens de faire mention. Cette approche est conforme à la définition du « secret industriel » en common law et elle tient compte du fait que le législateur a manifestement voulu que le secret industriel soit distinct de la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle, lesquels font expressément l’objet d’une protection légale qui leur est propre. Cette approche est également conforme à l’utilisation du terme « secrets industriels » dans la Loi, comme je l’ai déjà mentionné.

[113] Merck affirme que le par. 19(4) de la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. 1985, ch. O-5,

and the NAFTA definitions of “trade secret” should colour the definition to be given to “trade secrets” under the Act. Merck, however, stops short of advancing a particular definition, submitting simply that the term must be defined in a way that is consistent with other federal statutes and Canada’s international treaty obligations.

[114] Turning to the former point first, Merck argues that “trade secrets” in the Act should be interpreted consistently with the definition of that term in s. 19(4) of the *Security of Information Act*:

19. . . .

(4) For the purpose of this section, “trade secret” means any information, including a formula, pattern, compilation, program, method, technique, process, negotiation position or strategy or any information contained or embodied in a product, device or mechanism that

- (a) is or may be used in a trade or business;
- (b) is not generally known in that trade or business;
- (c) has economic value from not being generally known; and
- (d) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

[115] Merck also argues that the Act’s notion of a “trade secret” should be construed according to NAFTA which provides, at art. 1711:

1. Each Party shall provide the legal means for any person to prevent trade secrets from being disclosed to, acquired by, or used by others without the consent of the person lawfully in control of the information in a manner contrary to honest commercial practices, in so far as:

et la façon dont les secrets commerciaux sont définis dans l’ALÉNA doivent avoir une incidence sur l’interprétation du terme « secrets industriels » dans la Loi. Toutefois, Merck ne va pas jusqu’à en proposer une définition particulière, se contentant de faire valoir qu’il convient de définir ce terme d’une manière compatible avec les autres lois fédérales et les obligations du Canada issues de traités internationaux.

[114] En ce qui concerne le premier point, Merck prétend qu’il convient de donner à la notion de « secrets industriels » dans la Loi une interprétation compatible avec la définition de « secret industriel » qui se trouve au par. 19(4) de la *Loi sur la protection de l’information* :

19. . . .

(4) Pour l’application du présent article, « secret industriel » s’entend des renseignements — notamment formule, modèle, compilation, programme, méthode, technique, procédé ou position ou stratégie de négociation, ou renseignements contenus dans un produit, un appareil ou un mécanisme ou incorporés à ceux-ci — qui, à la fois :

- a) sont ou peuvent être utilisés dans une industrie ou un commerce;
- b) ne sont pas généralement connus dans cette industrie ou ce commerce;
- c) ont une valeur économique du fait qu’ils ne sont pas généralement connus;
- d) font l’objet de mesures raisonnables dans les circonstances pour en protéger le caractère confidentiel.

[115] Merck soutient également qu’il convient de donner à la notion de « secrets industriels » dans la Loi une interprétation compatible avec l’ALÉNA, qui prévoit ce qui suit à son art. 1711 :

1. Chacune des Parties assurera à toute personne les moyens juridiques d’empêcher que des secrets commerciaux ne soient divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux, sans le consentement de la personne licitement en possession de ces renseignements et d’une manière contraire aux pratiques commerciales honnêtes, dans la mesure où :

(a) the information is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons that normally deal with the kind of information in question;

(b) the information has actual or potential commercial value because it is secret; and

(c) the person lawfully in control of the information has taken reasonable steps under the circumstances to keep it secret.

(*North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2)

[116] I am not persuaded by these submissions. I am not sure there is much difference between the definition in *AstraZeneca* and the definition in the *Security of Information Act*. Moreover, we cannot simply incorporate into the *Access to Information Act*, which contains no definition of the term “trade secrets”, definitions adopted in different contexts. The *Official Secrets Act* was amended in the wake of the September 11, 2001 attacks as part of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, where it was renamed the *Security of Information Act* (s. 25). The definition of “trade secret” in s. 19(4) was part of that initiative. The purposes of the *Access to Information Act* and the *Security of Information Act* are significantly different. While maintaining national security is not incompatible with ensuring government accountability and democracy, it seems clear that access to information may be limited where issues of national security come into play: see ss. 15 and 16 of the Act. Therefore, it would not be appropriate to import into the access to information context the definition of “trade secret” set out under the heading Economic Espionage in the *Security of Information Act*.

[117] As for the appellant’s reliance on art. 1711 of NAFTA, it does not support the conclusion for which Merck contends. Before discussing the

a) les renseignements sont secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l’assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s’occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) les renseignements ont une valeur commerciale, réelle ou potentielle, du fait qu’ils sont secrets; et

c) la personne licitement en possession de ces renseignements a pris des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, en vue de les garder secrets.

(*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n° 2)

[116] Ces arguments ne me convainquent pas. En effet, je ne crois pas qu’il y ait une grande différence entre la définition énoncée dans *AstraZeneca* et celle qui figure dans la *Loi sur la protection de l’information*. En outre, nous ne pouvons pas introduire tout bonnement dans la Loi — qui ne contient aucune définition du terme « secrets industriels » — des définitions élaborées dans d’autres contextes. La *Loi sur les secrets officiels* a été modifiée dans la foulée des attentats du 11 septembre 2001 par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, qui en a remplacé le titre par *Loi sur la protection de l’information* (art. 25). C’est à cette occasion que la définition de « secret industriel », qui se trouve au par. 19(4) de cette loi, y a été ajoutée. Les objets que visent la Loi, d’une part, et la *Loi sur la protection de l’information*, d’autre part, diffèrent grandement. Le maintien de la sécurité nationale n’est certes pas incompatible avec le fait d’assurer la responsabilité de l’administration publique et la protection de la démocratie, mais il semble clair que l’accès à l’information peut parfois être limité dans les cas où la sécurité nationale entre en jeu : voir les art. 15 et 16 de la Loi. Par conséquent, il ne conviendrait pas d’introduire dans le contexte de l’accès à l’information la définition de « secret industriel » qui figure dans la *Loi sur la protection de l’information* sous la rubrique qui traite de l’espionnage économique.

[117] Quant à l’argument de l’appelante fondé sur l’art. 1711 de l’ALÉNA, j’estime qu’il n’étaye pas la conclusion que cette dernière cherche à faire

significance of the NAFTA definition, I would note that art. 39 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (“TRIPS”), is also potentially relevant. This article calls for the protection of secret, commercially valuable “information”. I accept, of course, that to the extent possible domestic legislation should be interpreted so that it is consistent with Canada’s international obligations: see *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; see also, e.g., *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70; and *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 50. However, Canada is not necessarily required to adopt the treaty definition of “trade secrets” into its access to information law in order to fulfill its treaty obligations. These obligations could be fulfilled in other ways. As the respondent notes, Canada has opted to address these obligations in the pharmaceutical context by focussing on protecting parties against commercial use of their trade secrets by others. The amendments to the *Food and Drug Regulations* in 1995 and 2006 reflect this approach: *Food and Drug Regulations, amendment*, SOR/95-411, and *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241. It would not be appropriate to decide in this case whether this complies with Canada’s treaty obligations. This choice of approach, however, undermines Merck’s argument that Parliament intended the definition of “trade secret” in s. 20(1)(a) to mirror the NAFTA definition.

[118] Similarly, protection of a broader class of confidential commercial information under s. 20(1)(b) and the protection of personal information under s. 19 of the Act further weaken Merck’s argument in relation to s. 20(1)(a). These provisions cover information that may be caught by

valoir. Mais avant de discuter de l’importance de la définition figurant dans l’ALÉNA, j’aimerais souligner que l’art. 39 de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (« ADPIC »), pourrait aussi être pertinent. Cet article exige la protection des « renseignements » secrets ayant une valeur commerciale. J’accepte évidemment que, dans la mesure du possible, les lois internes devraient être interprétées de façon à être compatibles avec les obligations internationales du Canada : voir *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; voir également, p. ex., *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 409-410; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70; et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 50. Toutefois, le Canada ne doit pas nécessairement reprendre dans sa loi sur l’accès à l’information la définition des « secrets industriels » qui figure dans les traités afin de remplir ses obligations issues de traités. En effet, il existe d’autres moyens de remplir ces obligations. Comme le souligne l’intimé, le Canada a choisi de s’acquitter de ses obligations dans le contexte pharmaceutique en mettant l’accent sur la protection des parties contre l’utilisation commerciale de leurs secrets industriels par des tiers. Les modifications apportées au *Règlement sur les aliments et drogues* en 1995 et 2006 reflètent cette approche : *Règlement sur les aliments et drogues — Modification*, DORS/95-411, et *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241. Il n’y a pas lieu de décider en l’espèce si cela est conforme ou non aux obligations du Canada issues de traités. Toutefois, cette façon de procéder mine l’argument de Merck que le législateur voulait que la notion de « secrets industriels » à l’al. 20(1)(a) soit le reflet fidèle de ce que contient l’ALÉNA.

[118] Dans le même ordre d’idée, la protection d’une catégorie plus large de renseignements commerciaux de nature confidentielle que confère l’al. 20(1)(b) et celle des renseignements personnels que prévoit l’art. 19 de la Loi affaiblissent davantage l’argument de Merck relativement à l’al. 20(1)(a).

the purportedly wider art. 1711 of NAFTA and art. 39 of TRIPS. This suggests that Parliament has intended to fulfill its international obligations by means that go beyond protection of “trade secrets” under s. 20(1)(a). I conclude that consideration of NAFTA and TRIPS does not indicate that Parliament intended a definition of “trade secrets” that is broader than the definition I have endorsed above.

[119] The Court of Appeal, while citing *AstraZeneca* and the Guidelines, insisted that “trade secrets” should be interpreted restrictively and that the jurisprudential threshold for invoking this exemption is high. These comments, in my respectful view, do not reflect the correct approach to this exemption. The question on review is simply whether the party claiming the exemption has established on the balance of probabilities that the record falls within the definition I have set out above.

(c) *Application*

[120] I agree with the Court of Appeal’s definition of “trade secrets”, but in my respectful view it placed an unduly heavy burden on Merck to establish that the definition applied as I have just outlined. By imposing the burden it did, the Court of Appeal erred in law. However, my view is that this error did not result in the Court of Appeal reaching the wrong conclusion about how s. 20(1)(a) applies here. In my respectful view, it did not err in finding that Merck’s evidence simply was not capable of establishing that the documents, which the reviewing judge found to be exempted, contained trade secrets or revealed trade secrets.

[121] Before this Court, the parties filed a Joint Record of Pages in Issue indicating that Merck relies on the s. 20(1)(a) exemption for over 150

Ces dispositions portent sur les renseignements susceptibles d’être visés par l’art. 1711 de l’ALÉNA et l’art. 39 de l’ADPIC, dont la portée, fait-on valoir, est plus étendue. Cela donne à penser que le législateur a voulu s’acquitter de ses obligations internationales par le biais de moyens qui dépassent la protection des « secrets industriels » que confère l’al. 20(1)a). À mon avis, il ne ressort nullement de l’examen de l’ALÉNA et de l’ADPIC que le législateur a voulu créer une définition des « secrets industriels » dont la portée serait plus large que celle de la définition à laquelle je viens de souscrire.

[119] La Cour d’appel fédérale, bien qu’elle ait invoqué *AstraZeneca* et les lignes directrices à l’appui de son raisonnement, a insisté que les « secrets industriels » devaient être interprétés de façon restrictive et que le seuil qui se dégage de la jurisprudence pour invoquer cette exception est élevé. Ces commentaires, à mon humble avis, ne reflètent pas la façon dont il convient d’aborder cette exception. La question à trancher est simplement de savoir si la partie invoquant l’exception a établi selon la prépondérance des probabilités que le dossier était visé par la définition que j’ai décrite.

(c) *Application*

[120] Je souscris à la définition des « secrets industriels » énoncée par la Cour d’appel fédérale, mais, à mon humble avis, celle-ci a imposé un fardeau indûment lourd à Merck en lui demandant d’établir que la définition s’appliquait comme je viens tout juste de le décrire. En imposant un tel fardeau à Merck, la Cour d’appel fédérale a commis une erreur de droit. Toutefois, selon moi, cette erreur ne l’a pas amenée à tirer la mauvaise conclusion sur la façon dont il convient d’appliquer l’al. 20(1)a) en l’espèce. À mon humble avis, elle n’a pas commis d’erreur en concluant que la preuve de Merck ne permettait tout simplement pas d’établir que les documents qui, selon le juge siégeant en révision, étaient visés par l’exception, contenaient des secrets industriels ou révélaient des secrets industriels.

[121] Devant la Cour, les parties ont déposé un dossier conjoint sur les pages en litige indiquant que Merck invoque l’exception prévue à l’al. 20(1)a)

pages in the NDS and 10 pages in the SNDS, all of which are contested by Health Canada. However, Merck's submissions in this Court focus exclusively on 37 pages in the NDS which the reviewing judge concluded were exempt from disclosure because they contained trade secrets: see *Beaudry J.*, at para. 105 (2006 FC 1201). Of these, the Joint Record indicates that 7 pages are no longer in issue. Merck contends that the records in issue contain details of the specific manufacturing process used for the drug and that such information is quintessentially a trade secret. Health Canada submits that to the extent that portions of these records reveal trade secrets, such information has been redacted.

[122] Health Canada does not seriously contest the proposition that confidential information about the specific manufacturing process used for the drug may be a "trade secret" under s. 20(1)(a), provided that the other elements of the definition I have outlined above are satisfied. The difficulty here is not about the definition of "trade secrets" or about how elevated the threshold is, but that Merck's evidence is not responsive to the records as currently redacted. It does not explain how what remains in the records constitutes trade secrets within the meaning of the exemption.

[123] One example will demonstrate the difficulty with Merck's position and the reviewing judge's decision. In its factum, Merck reproduces an excerpt from the affidavit of Robert Sarrazin (sworn June 1, 2001) which sets out Merck's objections to the disclosure of pages 469 and 470 of the records at issue in the NDS file: see C.A. reasons, at para. 49. Merck advances this as "an example of the supporting evidence" which Merck submits shows that "it has met any evidentiary burden upon it in relation to s. 20(1)(a) of the ATIA" (A.F., at para. 155; see also C.A. reasons, at para. 49). The reviewing judge found that both pages were exempt from disclosure, saying simply that they contained information which constituted trade secrets: see

relativement à plus de 150 pages de la PDN et à 10 pages de la PSDN, Santé Canada contestant l'application de l'exception dans chacun de ces cas. Toutefois, l'argumentation de Merck devant la Cour porte exclusivement sur 37 pages de la PDN, qui, selon le juge siégeant en révision, étaient soustraites à la communication parce qu'elles contenaient des secrets industriels : voir les motifs du juge *Beaudry*, par. 105 (2006 CF 1201). Selon le dossier conjoint, 7 de ces pages ne sont plus en litige. Merck prétend que les documents en litige contiennent des détails sur le procédé de fabrication de la drogue et que les renseignements de cette nature constituent invariablement des secrets industriels. Santé Canada prétend que les parties de ces documents révélant des secrets industriels en ont été retranchées.

[122] Santé Canada ne conteste pas véritablement l'affirmation selon laquelle les renseignements confidentiels sur le procédé de fabrication de la drogue peuvent constituer des « secrets industriels » pour les fins de l'al. 20(1)a), dans la mesure où il est établi qu'ils satisfont aux autres éléments de la définition que j'ai décrite. La difficulté, à cet égard, ne porte ni sur la définition de « secrets industriels », ni sur la question de savoir dans quelle mesure le seuil à atteindre doit être élevé, mais plutôt sur l'absence de lien entre la preuve de Merck et les documents sous leur forme expurgée actuelle. En effet, la preuve n'explique pas en quoi les renseignements contenus dans ces documents constituent des secrets industriels qui, à ce titre, sont visés par l'exception.

[123] Il suffit d'un seul exemple pour démontrer en quoi la position de Merck et la décision du juge siégeant en révision sont problématiques. Dans son mémoire, Merck a repris un extrait de l'affidavit de Robert Sarrazin (daté du 1^{er} juin 2001) qui explique les objections de Merck à la communication des pages 469 et 470 des documents en litige en ce qui concerne le dossier de la PDN : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49. Merck avance qu'il s'agit là d'[TRADUCTION] « un exemple de preuve à l'appui » qui, selon elle, établit qu'« elle s'est acquittée de la charge de la preuve qui lui incombe selon l'al. 20(1)a) de la Loi » (m.a., par. 155; voir également les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49). Le juge siégeant en révision a conclu que ces

Beaudry J., at para. 105 (2006 FC 1201). Although Merck set out this evidence in its factum, it advised after the hearing in this Court that it is no longer seeking exemption for page 470. However, the evidence in relation to these two pages illustrates the deficiencies in the reviewing judge's decision.

[124] In his affidavit, Mr. Sarrazin objects to disclosing pages 469 and 470 because they contain certain information which in his view constitutes trade secrets. However, in the version of pages 469 and 470 which Health Canada proposed to disclose and which was before the reviewing judge, both have been heavily redacted with the entire table on page 470 having been removed: see C.A. reasons, at paras. 49 and 51. Thus, the evidence before the reviewing judge from Merck was that these pages contained trade secrets while Health Canada's evidence was that it had agreed to delete all such content and indeed that the content of the table on page 470 had been deleted more than four years before the hearing before the reviewing judge. On this record, the reviewing judge's conclusion that virtually blank pages constituted trade secrets is a palpable and overriding error.

[125] As noted in *Housen*, the failure of a judge at first instance to discuss a relevant factor in depth, or even at all, is not itself a sufficient basis for an appellate court to reconsider the evidence (para. 39). However, the judge's failure to address relevant matters may constitute a material error justifying appellate intervention if the omission gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his or her conclusion: *Housen*, at para. 39, citing *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 15. In this case, the reviewing judge ruled that an essentially blank page is a trade secret. He made this ruling

deux pages étaient soustraites à la communication, en disant simplement qu'elles contenaient des renseignements qui constituaient des secrets industriels : voir les motifs du juge Beaudry, par. 105 (2006 CF 1201). Bien qu'elle ait invoqué cette preuve dans son mémoire, Merck a déclaré, après l'audience devant notre Cour, qu'elle ne s'opposait plus à la communication de la page 470. Cependant, la preuve se rapportant à ces deux pages fait ressortir les lacunes de la décision du juge siégeant en révision.

[124] Dans son affidavit, M. Sarrazin s'opposait à la communication des pages 469 et 470 au motif qu'elles contenaient certains renseignements qui, à ses dires, constituaient des secrets industriels. Mais les versions de ces pages que Santé Canada entendait communiquer et dont le juge siégeant en révision disposait ont toutes les deux été grandement expurgées, le tableau de la page 470 ayant même été éliminé au complet : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49 et 51. Par conséquent, selon la preuve de Merck dont disposait le juge siégeant en révision, ces pages contenaient des secrets industriels, alors qu'il ressort de la preuve de Santé Canada que le ministère avait accepté de retirer tout le contenu de cette nature, ayant même éliminé le contenu du tableau de la page 470 plus de quatre ans avant l'audition devant le juge. Compte tenu du dossier, la conclusion du juge que des pages qui ne contenaient presque plus rien constituaient des secrets industriels est une erreur manifeste et dominante.

[125] Comme il a été souligné dans *Housen*, l'omission d'un juge de première instance d'examiner en profondeur un facteur pertinent, voire d'aborder la question, ne constitue pas à elle seule un fondement suffisant pour permettre à une cour d'appel d'apprécier la preuve à son tour (par. 39). Cependant, l'omission du juge de traiter de questions pertinentes peut constituer une erreur matérielle justifiant l'intervention de la cour d'appel si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée : *Housen*, par. 39, citant *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2

without referring to either the applicable legal test or to the relevant evidence. This, in my respectful view, was a material error as discussed in *Housen* and justified the Federal Court of Appeal's intervention. While it could have decided to remit the matter for further review by a judge at first instance, the fact that the record had already been the subject of two review processes in the Federal Court supports its decision to review the record and apply the exemption itself.

[126] I agree with my colleague Deschamps J. that a reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line, or even page-by-page explanation for his or her decision and that, if appropriate, the judge can address the case on the basis of categories of records. However, there is some considerable distance between a judge not providing a word-by-word explanation and, as here, a judge providing no explanation at all in circumstances that give rise to a reasoned belief that the judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. It is well within the bounds of deference as described in *Housen* for an appellate court to reconsider the record in these circumstances.

[127] I would therefore uphold the decision of the Court of Appeal which set aside the reviewing judge's decision that these documents fall within the exemption.

(3) The Section 20(1)(b) Exemption

(a) *Introduction*

[128] Section 20(1)(b) provides an exemption for a third party's confidential financial, commercial, scientific or technical information:

R.C.S. 1014, par. 15. En l'espèce, le juge siégeant en révision a conclu qu'une page à peu près vidée de son contenu constituait un secret industriel. Il a tiré cette conclusion sans faire référence au critère juridique applicable ou à la preuve pertinente. J'estime en toute déférence que cela constituait une erreur matérielle au sens de *Housen* qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel fédérale. Certes, la Cour d'appel fédérale aurait pu décider de renvoyer l'affaire à un juge de première instance pour qu'il l'examine à son tour, mais le fait que le dossier avait déjà fait l'objet de deux processus de révision en Cour fédérale étaye sa décision d'examiner elle-même le dossier et d'appliquer l'exception invoquée.

[126] Je suis d'accord avec ma collègue la juge Deschamps que le juge siégeant en révision ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige, et qu'il peut traiter de l'affaire selon l'approche catégorielle s'il y a lieu. Cependant, l'omission d'un juge de fournir une explication en faisant référence à chaque mot diffère grandement de l'absence de toute explication de la part du juge, comme c'est le cas en l'espèce, dans des circonstances qui donnent lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. La cour d'appel qui fait son propre examen du dossier dans ces circonstances fait preuve d'un niveau de déférence qui respecte tout à fait les limites décrites dans *Housen*.

[127] Je suis donc d'avis de confirmer la décision par laquelle la Cour d'appel fédérale a annulé la décision du juge siégeant en révision que ces documents étaient visés par l'exception.

(3) L'exception prévue à l'al. 20(1)(b)

a) *Introduction*

[128] L'alinéa 20(1)(b) prévoit une exception qui s'applique aux renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle qui sont fournis par un tiers :

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

. . . .

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

[129] The reviewing judge upheld the exemptions Merck claimed with respect to 6 documents or portions of documents in the NDS file, and 49 documents in the SNDS file of which 44 remain in dispute. In both files, the reviewing judge noted that information found in the public domain, even if in a different form, is no longer confidential and then simply stated, without referring to the evidence or offering any further explanation, that certain pages were exempt from disclosure under s. 20(1)(b) because they contained confidential information that had been treated as such by Merck and was not in the public domain: see Beaudry J., at paras. 95 and 106 (2006 FC 1201), and at paras. 103 and 113 (2006 FC 1200).

[130] The Federal Court of Appeal set aside these findings. In the NDS file, it found that Merck's evidence was not responsive to the most recent redacted version of the documents in issue and that Merck had not provided any direct and objective evidence bringing those documents within the s. 20(1)(b) exemption (paras. 67-77). With respect to the SNDS file, the Court of Appeal similarly found an absence of evidence from Merck that the documents in issue were confidential or treated as such. If the Court of Appeal was correct that there was no evidence to support the reviewing judge's conclusion, appellate intervention was justified (*Housen*, at para. 1).

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

. . . .

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

[129] Le juge siégeant en révision a donné raison à Merck pour ce qui est des exceptions qu'elle a invoquées relativement à 6 documents ou parties de documents contenus dans le dossier de la PDN et 49 documents figurant dans celui de la PSDN, dont 44 sont toujours en litige. Le juge siégeant en révision a souligné, relativement à l'un et l'autre dossier, que les renseignements qui font partie du domaine public, même s'ils sont présentés différemment, ne sont plus confidentiels, et il a ajouté simplement, sans faire référence à la preuve et sans fournir d'autres explications, que certaines pages étaient visées par l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) parce qu'elles contenaient des renseignements confidentiels que Merck avait considérés comme tels et qui ne faisaient pas partie du domaine public : voir les motifs du juge Beaudry, par. 95 et 106 (2006 CF 1201), et par. 103 et 113 (2006 CF 1200).

[130] La Cour d'appel fédérale a annulé ces conclusions. Pour ce qui est du dossier se rapportant à la PDN, elle a conclu que la preuve de Merck ne tenait pas compte de la version expurgée la plus récente des documents en question et que Merck n'avait présenté aucune preuve directe et objective établissant qu'ils étaient visés par l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) (par. 67-77). En ce qui concerne le dossier de la PSDN, la Cour d'appel fédérale a pareillement conclu que Merck n'avait présenté aucune preuve démontrant que les documents en cause étaient confidentiels ou traités comme tels. Or, si la Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure à l'absence de toute preuve étayant la conclusion du juge siégeant en révision, c'est à bon droit qu'elle est intervenue (*Housen*, par. 1).

[131] Merck asks us to conclude that all of the documents still in issue for which it claims a s. 20(1)(b) exemption should not be disclosed. Thus, it seeks not only exemption with respect to those pages for which the reviewing judge upheld Merck's objections, but also a finding that all of its other claimed s. 20(1)(b) exemptions as set out in the Joint Record of Pages in Issue should be upheld.

[132] Merck challenges the Court of Appeal's conclusion that there was no evidence to show the records in issue were exempt. I will address its submissions on that point at the end of this section. Three other issues also arise with respect to s. 20(1)(b). Two relate to whether the records are confidential financial, commercial, scientific or technical information. The third issue relates to what constitutes information "supplied to a government institution by a third party". It will be helpful to explain how these issues arise before turning to a more detailed discussion of them.

[133] In order to qualify for the exemption, the information must be (i) financial, commercial, scientific or technical information; (ii) confidential and consistently treated in a confidential manner by the third party; and (iii) supplied to a government institution by a third party. The parties accept the factors identified by MacKay J. in *Air Atonabee* as being appropriate to consider the question of whether information is confidential within the meaning of s. 20(1)(b).

[134] The first of those factors considers whether the information in the record has already been made publicly available (*Air Atonabee*, at p. 272). In particular, the question is whether disclosure by the government institution of a compilation of publicly available scientific articles in an NDS or SNDS to a competitor of the third party discloses more information than is already available in the public domain. Merck's position is that the records contain confidential "financial,

[131] Merck nous demande de conclure que l'ensemble des documents toujours en litige à l'égard desquels elle invoque l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) ne doivent pas être communiqués. Ainsi, elle cherche à obtenir non seulement que les pages à l'égard desquelles le juge siégeant en révision a accepté ses objections soient soustraites à la communication, mais également que la Cour fasse droit à toutes les autres exceptions qu'elle a invoquées en se fondant sur l'al. 20(1)(b) et qui sont énumérées dans le dossier conjoint sur les pages en litige.

[132] Merck conteste la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle aucune preuve n'établissait que les documents en litige étaient visés par l'exception. J'examinerai les observations qu'elle a présentées à cet égard à la fin de la présente partie. Trois autres questions se posent relativement à l'al. 20(1)(b). Deux d'entre elles portent sur la question de savoir si les documents en cause sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle, et la troisième, sur celle de savoir ce qui constitue des renseignements « fournis à une institution fédérale par un tiers ». Il est utile d'expliquer dans quel contexte ces questions se posent avant de les étudier en détail.

[133] Pour être visés par l'exception, les renseignements doivent être (i) financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, (ii) de nature confidentielle et traités comme tels de façon constante par le tiers, et (iii) fournis à une institution fédérale par un tiers. Les parties acceptent que les facteurs énumérés par le juge MacKay dans *Air Atonabee* sont à prendre en considération pour décider si les renseignements visés sont de nature confidentielle au sens de l'al. 20(1)(b).

[134] Le premier de ces facteurs porte sur la question de savoir si les renseignements contenus dans le document visé ont déjà été rendus publics (*Air Atonabee*, par. 41). En particulier, il s'agit de savoir si la communication à un concurrent du tiers, par une institution fédérale, d'une compilation d'articles scientifiques accessibles au public figurant dans une PDN ou une PSDN équivaut à une divulgation de plus de renseignements que ceux qui font déjà partie du domaine public. Merck soutient que

commercial, scientific or technical information” of two different sorts.

[135] The first type of confidential information is the substantive content of the record, that is, the information directly relayed by its contents. An example is a record that refers to the findings of a confidential study. The confidential information is the substantive content of the study itself. This aspect of Merck’s objection was the focus of the Court of Appeal’s reasoning. I will come back to this question; for now, it is worth noting that its resolution turns mostly on the evidence about whether Health Canada’s redactions had removed this sort of confidential information.

[136] Merck’s submission that there is a second type of confidential information depends on a more subtle argument. It contends that, quite apart from whether the substantive contents of the record are confidential, the manner in which the information is presented and the fact that Merck listed a particular study or relied on it in a particular way are both confidential scientific, or technical information within the meaning of s. 20(1)(b). I will address these points in turn.

(b) *Formatting and Structure of the Submission*

[137] The Court of Appeal noted that, before it, the scientific or technical nature of the information was not contested (para. 64). In the submissions in this Court, that is also the case with respect to the substantive content of much of the information. However, the parties are divided about whether Merck’s formatting and structure of the submission are confidential, financial, commercial, scientific or technical information for the purposes of the s. 20(1)(b) exemption. Merck argues that they are.

les documents contiennent deux types de « renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques » de nature confidentielle.

[135] Le premier type de renseignements confidentiels est le contenu substantif du dossier, c’est-à-dire les renseignements directement transmis par son contenu. C’est le cas par exemple d’un document qui fait référence aux conclusions tirées dans le cadre d’une étude de nature confidentielle. Dans un tel cas, c’est le contenu substantif de l’étude elle-même qui constitue les renseignements confidentiels. Cet aspect de l’objection de Merck était l’élément central du raisonnement de la Cour d’appel fédérale. Je reviendrai sur cette question; pour l’instant, il est utile de souligner que la réponse à la question de savoir si l’objection de Merck est fondée dépend surtout de la preuve concernant celle de savoir si Santé Canada avait retranché ce genre de renseignements confidentiels en expurgant les documents.

[136] La prétention de Merck qu’il existe un deuxième type de renseignements confidentiels dépend d’un argument plus subtil. Selon cet argument, indépendamment de la question de savoir si le contenu substantif du dossier est de nature confidentielle, la façon dont les renseignements sont présentés et le fait que Merck ait mentionné une étude particulière ou qu’elle se soit fondée sur celle-ci d’une quelconque façon constituent tous les deux des renseignements scientifiques ou techniques de nature confidentielle au sens de l’al. 20(1)(b). J’examinerai ces éléments à tour de rôle.

b) *Mise en forme et structure de la présentation*

[137] La Cour d’appel fédérale a souligné que nul n’a contesté devant elle la nature scientifique ou technique des renseignements (par. 64). Notre Cour pourrait dire la même chose au sujet des observations qui lui ont été présentées relativement au contenu substantif d’une grande partie des renseignements. Toutefois, les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si la mise en forme et la structure de la présentation de Merck sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques

Disclosure of this information, it contends, allows competitors to use Merck's methods of assembling an NDS or an SNDS but without incurring the significant research and development time and costs that Merck expended.

[138] To address this submission, I begin by accepting three propositions that are well established in the Federal Court's jurisprudence.

[139] First, the terms "financial, commercial, scientific or technical" should be given their ordinary dictionary meanings. As MacKay J. in *Air Atonabee* stated, at p. 268:

... dictionary meanings provide the best guide and that it is sufficient for purposes of subs. 20(1)(b) that the information relate or pertain to matters of finance, commerce, science or technical matters as those terms are commonly understood.

[140] Second, the case law also holds that in order to constitute financial, commercial, scientific or technical information, the information at issue need not have an inherent value, such as a client list might have, for example. The value of information ultimately "depends upon the use that may be made of it, and its market value will depend upon the market place, who may want it and for what purposes, a value that may fluctuate widely over time" (*Air Atonabee*, at pp. 267-68).

[141] Finally, I agree that administrative details such as page and volume numbering, dates and location of information within the records are not scientific, technical, financial or commercial information (*AstraZeneca*, at para. 73).

[142] In general, the same can be said about the formatting and structure of submissions such as the choice to use a graph or table to present information or the precise organization and ordering of sections of a document the general contents of which are

ou techniques de nature confidentielle pour les fins de l'exception prévue à l'al. 20(1)b). Merck prétend qu'elles le sont. Selon elle, la divulgation de ces renseignements permet à des concurrents de se servir de ses méthodes de présentation d'une PDN ou d'une PSDN, et ce, sans avoir à y consacrer le temps et les ressources qu'elle a investis sur les plans de la recherche et du développement.

[138] Dans l'appréciation de cet argument, j'accepte d'entrée de jeu trois affirmations qui sont bien établies dans la jurisprudence de la Cour fédérale.

[139] D'abord, il convient de donner aux termes « financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques » leur sens lexicographique ordinaire. Le juge MacKay a affirmé ce qui suit dans *Air Atonabee*, par. 35 :

... le dictionnaire est le meilleur guide et [. . .] il suffit, pour l'application du paragraphe 20(1)b), que les renseignements concernent des questions financières, commerciales, scientifiques ou techniques, au sens courant de ces termes.

[140] Ensuite, il ressort aussi de la jurisprudence que pour constituer des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, les renseignements en cause n'ont pas à avoir une valeur inhérente, comme cela peut être le cas s'agissant d'une liste de clients par exemple : la valeur des renseignements « dépend en dernière analyse de l'utilisation qu'on peut en faire et leur valeur marchande dépendra du marché de ceux qui les veulent et à quelle fin, et cette valeur peut grandement fluctuer avec le temps » (*Air Atonabee*, par. 35).

[141] Enfin, je suis d'accord que les détails administratifs comme la numérotation des pages et des volumes, les dates et les passages des documents où se trouvent les renseignements ne sont pas des renseignements de nature scientifique, technique, financière ou commerciale (*AstraZeneca*, par. 73).

[142] En général, il en va de même de la mise en forme et de la structure des présentations, tels la décision de se servir d'un graphique ou d'un tableau pour présenter les renseignements ou la structure et l'ordonnancement précis des parties d'un document

the subject of publicly available guidelines as is the case here: see, e.g., *Société Gamma*, at pp. 63-64. Of course, whether or not the exemption applies must be considered in light of the nature of the information and the evidence in the particular case.

(c) *Listing of Publicly Available Studies*

[143] Merck further says that the disclosure of a compilation of publicly available scientific articles in an NDS or an SNDS discloses more information than is already in the public domain; the fact that an innovator pharmaceutical company has relied on specific studies to support approval of a specific drug is competitively valuable information that is not otherwise publicly available. Relying on *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, aff'g 2005 FC 1633 (CanLII), it submits that the fact it has chosen to rely on particular studies is confidential information which is not disclosed by the publication of the studies.

[144] Merck submits that the Federal Court's jurisprudence on this point is conflicting. It notes that in the first Federal Court of Appeal decision in these matters (2005 FCA 215, a decision that is not before this Court on these appeals) the court held that s. 20(1)(b) did not apply to references to publicly available research articles or other public documents in the NDS and SNDS, while in *Janssen-Ortho* the company's evaluation of the studies it had relied on in its submission was found to be confidential.

[145] I can only accept Merck's submissions in part.

[146] As set out earlier, information is not confidential if it is in the public domain, including

dont le contenu général doit être conforme à des lignes directrices accessibles au public, comme c'est le cas en l'espèce : voir, p. ex., *Société Gamma*, p. 63-64. Bien sûr, il convient d'examiner la question de savoir si l'exception s'applique ou non en tenant compte de la nature des renseignements et de la preuve au dossier.

c) *Énumération d'études accessibles au public*

[143] Merck affirme en outre que la divulgation d'une compilation d'articles scientifiques accessibles au public contenue dans une PDN ou une PSDN équivaut à divulguer davantage de renseignements que ceux qui font déjà partie du domaine public; le fait qu'une société pharmaceutique innovatrice se soit fondée sur des études particulières pour étayer sa demande d'approbation d'une drogue donnée est un renseignement précieux sur le plan de la concurrence qui n'est autrement pas accessible au public. Merck invoque *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL), conf. 2005 CF 1633 (CanLII), pour faire valoir que sa décision de se fonder sur des études particulières est un renseignement confidentiel que la publication de ces dernières ne divulgue pas.

[144] Merck soutient que la jurisprudence de la Cour fédérale sur cette question est contradictoire. Elle souligne que la Cour d'appel fédérale a conclu, dans la première décision qu'elle a rendue dans le cadre de ces affaires (2005 CAF 215, décision dont la Cour n'est pas appelée à tenir compte dans le cadre des présents pourvois), que l'al. 20(1)(b) ne s'appliquait pas aux renvois, dans la PDN ou la PSDN, à des articles de recherche ou d'autres documents accessibles au public, alors que dans *Janssen-Ortho*, elle a jugé que l'évaluation que la société avait faite des études sur lesquelles elle s'était fondée dans sa présentation était confidentielle.

[145] Je ne peux accepter qu'une partie des observations formulées par Merck.

[146] J'ai déjà dit que les renseignements ne sont pas confidentiels s'ils font partie du domaine public,

being publicly available through another source. As MacKay J. put it in *Air Atonabee*, at p. 272, to be confidential, the information must not be available from sources otherwise accessible by the public or obtainable by observation or independent study by a member of the public acting on his or her own. It follows that information that has been published is not confidential. Moreover, information which merely reveals the existence of publicly available information cannot generally be confidential: knowledge of the existence of the information can be obtained through independent study by a member of the public. To the extent that Merck submits that its compilations of such studies are confidential for the purposes of s. 20(1)(b) because the compilations might help a competitor to learn of the existence of the studies, I do not agree.

[147] Merck's main point, however, is that while *the content* of published studies may not be confidential information for s. 20(1)(b) purposes, the fact that it *relied on* certain published studies is not publicly available and is confidential. Merck cites what Simpson J. said in *Janssen-Ortho*, at para. 39 (2005 FC 1633): although a description of information in published studies would normally be disclosed, the fact that the party opposing disclosure considers those findings accurate and trustworthy has not been publicized and therefore may fall within the realm of confidential information. The Federal Court of Appeal upheld this conclusion. Sexton J.A., for the court, noted that the applicant's opinions relating to public documents were confidential and these opinions were not publicly available; the fact that the applicant may have relied upon certain public information was not public knowledge (para. 6).

[148] I do not accept Merck's submission that *Janssen-Ortho* is inconsistent in principle with other jurisprudence of the Federal Courts in this

notamment s'ils sont accessibles au public par le biais d'une autre source. Comme le juge MacKay l'a affirmé dans *Air Atonabee*, au par. 41, les renseignements sont confidentiels s'ils ne peuvent être obtenus de sources autrement accessibles au public ou si le simple membre du public agissant de son propre chef ne peut les obtenir par suite de ses propres observations ou études. Il s'ensuit que les renseignements qui ont été publiés ne sont pas confidentiels. En outre, l'information qui ne fait que révéler l'existence de renseignements accessibles au public n'est généralement pas confidentielle, car le simple membre du public peut prendre connaissance du fait que les renseignements existent en faisant ses propres recherches. Dans la mesure où Merck prétend que ses compilations de telles études sont confidentielles pour les fins de l'al. 20(1)(b) parce qu'elles pourraient aider un concurrent à apprendre l'existence de celles-ci, je suis en désaccord avec cette opinion.

[147] Toutefois, le principal argument de Merck est que même si *le contenu* des études publiées peut ne pas constituer des renseignements de nature confidentielle pour les fins de l'al. 20(1)(b), le fait qu'elle *se soit fondée sur* certaines études publiées n'est pas un renseignement accessible au public; il s'agit d'un renseignement confidentiel. Merck fait référence aux propos de la juge Simpson dans *Janssen-Ortho*, par. 39 (2005 CF 1633) : bien qu'une description des renseignements figurant dans les études publiées serait normalement divulguée, le fait que la partie qui s'oppose à la divulgation considère que les conclusions qui y sont tirées sont justes et fiables n'a pas été rendu public et, partant, il pourrait faire partie des renseignements confidentiels. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. S'exprimant au nom de la cour, le juge Sexton a souligné que les opinions de la partie demanderesse concernant les documents publics étaient confidentielles, n'étant pas elles-mêmes à la disposition du public, et que le fait que cette partie ait pu se fonder sur certains renseignements publics n'était pas connu du public (par. 6).

[148] Je n'accepte pas l'observation de Merck selon laquelle la décision *Janssen-Ortho* est, en principe, incompatible avec d'autres décisions

area. The point is that *the content* of published studies will generally not be confidential because that content is available from another source in the public domain. The decision in *Janssen-Ortho*, as I read Simpson J.'s reasons, accepts this as a general proposition when it concludes that a description of findings in published studies would normally be disclosed. However, the third party's *reliance on or evaluation of those studies* may be shown by the evidence to fall within the definition of confidential information. What took the *Janssen-Ortho* case out of the general proposition was that the record *also* disclosed that the applicant considered the findings to be accurate and trustworthy and that *this information was not* publicly available. Simpson J. found that such material, to the extent that it included "expert advice, opinions, conclusions and information about the studies the Applicant considered reliable", was confidential commercial information (para. 40).

[149] In my view, therefore, the simple reference to a publicly available study or a description of its contents in a submission generally is not confidential information; a mere reference simply notes the existence of the study and a description of its contents simply summarizes information which is publicly available. Knowledge both of the existence of the study and of its contents will generally be obtainable by a member of the public, albeit with more effort, through independent study. However, much will depend on the evidence in a particular case.

[150] I underline this last point. Once the relevant legal principles are established, whether or not a record is confidential is primarily a question of fact. Care must be taken, therefore, not to overgeneralize the holdings of particular cases, by failing to give due regard to the evidence which was before the court in those cases. It may be, for example, that the relevance of a particular study to a particular line of inquiry might in some cases be shown to be confidential. Similarly, as in *Janssen-Ortho*,

rendues par les cours fédérales dans ce domaine. Le fait est qu'en général *le contenu* d'études publiées ne sera pas confidentiel vu qu'il figure dans une autre source qui se trouve dans le domaine public. Selon moi, il ressort des motifs exposés par la juge Simpson dans *Janssen-Ortho* qu'elle considère cela comme une proposition générale, car elle conclut qu'une description des conclusions tirées dans des études publiées serait normalement divulguée. Toutefois, il peut ressortir de la preuve que *l'évaluation de ces études* par le tiers ou le fait qu'il s'y soit fondé sont visés par la définition de renseignements confidentiels. Ce qui a exclu la décision *Janssen-Ortho* de la proposition générale, c'était que le dossier révélait également que la partie demanderesse estimait que les conclusions étaient justes et fiables, et que *cela constituait un renseignement* qui n'avait pas été rendu public. La juge Simpson a conclu que les renseignements en cause, dans la mesure où ils comprenaient « les avis d'expert, les opinions, les conclusions et les renseignements concernant les études que la demanderesse a jugé fiables », étaient des renseignements commerciaux de nature confidentielle (par. 40).

[149] Selon moi, par conséquent, le simple renvoi à une étude accessible au public ou une description de son contenu dans une présentation n'est pas, de façon générale, un renseignement confidentiel; un tel renvoi ne fait que souligner l'existence de l'étude et une description de son contenu n'est qu'un résumé de renseignements accessibles au public. En général, le simple membre du public peut prendre connaissance de l'existence de l'étude et de son contenu, bien qu'il doive y consacrer davantage d'efforts en faisant ses propres recherches. Toutefois, la preuve au dossier aura une grande incidence à cet égard.

[150] J'insiste sur ce dernier point. Une fois les principes juridiques pertinents établis, la question de savoir si tel ou tel dossier est confidentiel ou non constitue principalement une question de fait. Il faut donc se garder de trop généraliser les conclusions tirées dans des affaires données en omettant de tenir compte de la preuve soumise à la cour dans le cadre de celles-ci. Il se peut, par exemple, que la pertinence d'une étude particulière quant à une demande donnée puisse dans certains cas s'avérer

express or implicit statements of the applicant's evaluation of the reliability of a study will generally meet the definition of confidential information. Of course, where the existence or contents of studies themselves meet the definition of confidential information in s. 20(1)(b), references to such studies will also generally be confidential for the purposes of the exemption. Similarly, if the fact that the applicant has evaluated or relied on the study is publicly available, that fact will not be confidential. The key point is that these principles are not self-applying and must be considered in light of the evidence in each case.

[151] It seems to me that the dispute between the parties on this point turns more on a question of fact rather than on a question of legal principle. Merck's affiants acknowledged that numerous articles pertaining to asthma and its treatment are found in the public domain. However, the assertion is that the fact that information in a particular publication was used in a Canadian NDS, in this case Merck's, is not public knowledge. However, Merck's affiants do not assist the Court in understanding whether the information the institutional head proposes to disclose shows Merck's assessment or evaluation of the studies. Health Canada specifically disavows any intent to disclose the unpublished opinions or evaluations by Merck's experts of any study. Moreover, Health Canada maintains that the fact Merck relied on the studies as listed is public information from the Product Monograph and documents published by the U.S. FDA.

(d) *"Supplied to a Government Institution by a Third Party"*

[152] One of the requirements of the s. 20(1)(b) exemption is that the information be supplied by the third party to the government institution. There

confidentielle. De la même façon, comme dans *Janssen-Ortho*, des déclarations explicites ou implicites au sujet de l'évaluation que le demandeur a faite de la fiabilité d'une étude répondront généralement à la définition du renseignement confidentiel. Bien entendu, dans les cas où l'existence des études ou leur contenu sont des renseignements de nature confidentielle pour les fins de l'al. 20(1)(b), les renvois à ces études seront eux aussi, de façon générale, confidentiels pour les fins de l'exception. De la même façon, si le fait que le demandeur a évalué l'étude ou s'est fondé sur celle-ci est un renseignement accessible au public, alors il ne s'agit pas d'un renseignement confidentiel. Le point essentiel est que ces principes ne s'appliquent pas automatiquement; ils doivent être pris en compte en fonction de la preuve au dossier.

[151] Il me semble que le conflit qui oppose les parties sur ce point porte davantage sur une question de fait que sur une question de principe juridique. Les auteurs des affidavits favorables à Merck ont reconnu que les nombreux articles portant sur l'asthme et son traitement font partie du domaine public. Cependant, ce que Merck fait valoir, c'est que le fait que les renseignements figurant dans une publication donnée ont été utilisés dans le cadre d'une PDN au Canada, en l'occurrence la sienne, n'est pas de notoriété publique. Cela dit, les auteurs de ces affidavits n'aident pas la Cour à déterminer si les renseignements que le responsable de l'institution en l'espèce envisage de divulguer contiennent l'appréciation ou l'évaluation que Merck a faites des études en question. En particulier, Santé Canada nie avoir l'intention de divulguer les opinions ou les évaluations non publiées des experts de Merck au sujet de quelque étude que ce soit. En outre, Santé Canada soutient que le fait que Merck se soit fondée sur les études telles que mentionnées constitue un renseignement public provenant de la monographie de produit et des documents publiés par la FDA.

d) *« Fournis à une institution fédérale par un tiers »*

[152] Selon l'une des exigences à satisfaire pour que s'applique l'exception prévue à l'al. 20(1)(b), il faut que les renseignements visés aient été fournis

remains an issue about whether this requirement was met by certain documents in the record. The documents in issue are reviewers' notes prepared by scientists retained by Health Canada to evaluate the drug, and correspondence between Merck and Health Canada. While these records contain information supplied by Merck, they also contain other information, such as the analysis and observations of the reviewers, their conclusions and recommendations, as well as information from scientific literature. Health Canada says that following the approach set out in *Canada Packers*, it is obliged to release these reviewers' notes after having redacted the material provided by Merck.

[153] The parties join issue on what qualifies as information supplied to a government institution by a third party. Health Canada contends that while documents prepared by scientists employed or retained by it to evaluate the proposed medication contain some information that was supplied by Merck, that is not the case with all of the information contained in these sorts of records. They also contain, for example, the reviewers' observations, analyses, conclusions and recommendations, as well as information coming from the scientific literature and the reviewers' questions arising from all of this material. This sort of information is not supplied by Merck. Health Canada also submits that much of the correspondence that passed between it and Merck is similarly not information provided by a third party.

[154] What, then, are the governing legal principles?

[155] The first is that a third party claiming the s. 20(1)(b) exemption must show that the information was supplied to a government institution by the third party.

[156] A second principle is that where government officials collect information by their own observation, as in the case of an inspection for

par le tiers à l'institution fédérale. Il reste à savoir si cette exigence a été satisfaite dans le cas de certains documents figurant au dossier. Les documents en litige sont des notes d'examineurs rédigés par des scientifiques que Santé Canada a chargés d'évaluer la drogue ainsi que des échanges entre Merck et Santé Canada. Ces documents contiennent certes des renseignements fournis par Merck, mais ils contiennent aussi d'autres renseignements, comme l'analyse et les observations des examineurs, leurs conclusions et recommandations, ainsi que des renseignements tirés de publications scientifiques. Santé Canada affirme que l'approche énoncée dans *Canada Packers* l'oblige à produire les notes de ces examineurs après avoir retranché les documents fournis par Merck.

[153] Les parties ne s'entendent pas sur ce qui constitue des renseignements fournis à une institution fédérale par un tiers. Santé Canada allègue que même si les documents rédigés par les scientifiques qu'il a chargés d'évaluer le médicament proposé contiennent certains renseignements qui lui ont été fournis par Merck, ce n'est pas le cas de tous les renseignements contenus dans ce genre de dossier. Ils contiennent également, par exemple, les observations, analyses, conclusions et recommandations des examineurs ainsi que des renseignements provenant de publications scientifiques et des réponses aux interrogations que l'ensemble des documents ont suscitées chez les examineurs. Or, Merck n'a pas fourni de renseignements de ce type. Santé Canada fait également valoir qu'une grande partie des échanges qu'il a eus avec Merck ne constituent pas non plus des renseignements fournis par un tiers.

[154] Quels sont donc les principes juridiques applicables?

[155] Le premier principe est que le tiers qui invoque l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) doit établir qu'il a fourni les renseignements à une institution fédérale.

[156] Le deuxième principe est que les renseignements que des fonctionnaires recueillent eux-mêmes, dans le cadre d'une inspection par exemple,

instance, the information they obtain in that way will not be considered as having been supplied by the third party. As MacKay J. said in *Air Atonabee*, at p. 275:

In my view, where the record consists of the comments or observations of public inspectors based on their review of the records maintained by the third party at least in part for inspection purposes, the principle established by *Can. Packers Inc.*, supra, applies and the information is not to be considered as provided by the third party.

See also *Canada Packers*, at pp. 54-55; *Les viandes du Breton Inc. v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2006 FC 335 (CanLII), at paras. 44-49.

[157] A third principle is that whether or not information was supplied by a third party will often be primarily a question of fact. For example, if government officials correspond with a third party regarding certain information, it is possible that the officials have prior knowledge of the information gained by their own observation or other sources. But it is also possible that they are aware of this information because it was communicated to them beforehand by the third party. The mere fact that the document in issue originates from a government official is not sufficient to bar the claim for exemption. But, in each case, the third party objecting to disclosure on judicial review will have to prove that the information originated with it and that it is confidential.

[158] To summarize, whether confidential information has been “supplied to a government institution by a third party” is a question of fact. The content rather than the form of the information must be considered: the mere fact that the information appears in a government document does not, on its own, resolve the issue. The exemption must be applied to information that reveals the confidential information supplied by the third party, as well as to that information itself. Judgments or conclusions expressed by officials based on their own

ne seront pas considérés comme ayant été fournis par le tiers. Voici ce que le juge MacKay a affirmé dans *Air Atonabee*, par. 47 :

À mon avis, lorsque le document est constitué de commentaires ou d’observations faites par des inspecteurs publics sur le fondement de leur examen des documents conservés par le tiers au moins en partie à des fins d’inspection, le principe posé dans l’arrêt *Canada Packers Inc.*, précité, s’applique et les renseignements ne doivent pas être considérés comme ayant été fournis par le tiers.

Voir également *Canada Packers*, p. 54-55; *Viandes du Breton Inc. c. Canada (Agence canadienne d’inspection des aliments)*, 2006 CF 335 (CanLII), par. 44-49.

[157] Le troisième principe veut que la question de savoir si les renseignements ont été fournis par un tiers est souvent principalement une question de fait. Par exemple, il arrive que les fonctionnaires qui ont des échanges avec un tiers au sujet de certains renseignements connaissent déjà ceux-ci en raison des observations qu’ils ont faites ou des sources qu’ils ont consultées. Mais il est également possible qu’ils connaissent les renseignements parce qu’ils leur ont été transmis au préalable par le tiers. Le simple fait que le document en litige provient d’un fonctionnaire ne suffit pas à rendre irrecevable la demande d’application de l’exception. Mais, dans chaque cas, le tiers qui s’oppose à la divulgation dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire doit établir que les renseignements provenaient de lui et qu’ils étaient de nature confidentielle.

[158] En résumé, la question de savoir si des renseignements confidentiels ont été « fournis à une institution fédérale par un tiers » en est une de fait. C’est le contenu plutôt que la forme des renseignements qui doit être pris en compte : le simple fait que les renseignements figurent dans un document d’une institution fédérale ne règle pas en soi la question. Il faut appliquer l’exception aux renseignements qui révèlent les renseignements confidentiels fournis par le tiers ainsi qu’à ces derniers. De façon générale, les jugements ou les conclusions

observations generally cannot be said to be information supplied by a third party.

(e) *Application*

[159] As noted earlier, Merck's submissions on s. 20(1)(b) raise three points. In my respectful view, it fails on all of them.

[160] Turning to Merck's first submission, it contends that the Court of Appeal erred in finding that it had not discharged its burden of proof that the documents, as redacted, continued to contain confidential information. This argument is concerned with the substantive content of the information referred to and turns on whether, as Health Canada contends, all information that is not in the public domain has been redacted.

[161] The Court of Appeal's decision about the s. 20(1)(b) exemption turned on this point (paras. 62 and 67). It concluded that Merck had failed to discharge its burden with respect to whether the information was confidential and had been consistently treated as such. The court found that the affidavits submitted by Merck failed to provide "direct and objective evidence" and had not shown that the s. 20(1)(b) exemption applied.

[162] I agree with Merck that the Court of Appeal applied an unduly onerous standard of proof. The Court of Appeal stated that the third party opposing disclosure has a "heavy" burden to establish the s. 20(1)(b) exemption (para. 62). For reasons I have set out earlier, this is an error of law. The burden is to show on the civil standard that the exemption applies. However, I do not think the result reached by the Court of Appeal turns on its description of the standard of proof. The court's decision rested on what it concluded to be an absence of evidence responsive to the claimed exemptions in light of the

auxquels parviennent les fonctionnaires sur la base de leurs propres observations ne peuvent être considérés comme des renseignements fournis par un tiers.

e) *Application*

[159] Comme je l'ai déjà dit, les observations de Merck relativement à l'al. 20(1)(b) soulèvent trois points. À mon humble avis, ils sont tous dépourvus de fondement.

[160] Le premier argument de Merck est que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver que les documents sous leur forme expurgée contenaient toujours des renseignements de nature confidentielle. Cet argument, qui se rapporte au contenu substantif des renseignements visés, porte sur la question de savoir si, comme Santé Canada le prétend, tous les renseignements qui ne font pas partie du domaine public ont été retranchés.

[161] La décision de la Cour d'appel fédérale sur l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) dépendait de ce point (par. 62 et 67). Elle a conclu que Merck n'avait pas réussi à s'acquitter de son fardeau en ce qui concerne la question de savoir si les renseignements étaient de nature confidentielle et avaient toujours été traités de la sorte. Elle a aussi conclu que les affidavits soumis par Merck ne contenaient aucune « preuve directe et objective » et qu'elle n'avait pas établi que l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) s'appliquait.

[162] Je souscris à l'opinion de Merck selon laquelle la Cour d'appel fédérale a appliqué une norme de preuve trop exigeante. La Cour d'appel fédérale a déclaré que le fardeau dont le tiers s'opposant à la divulgation doit s'acquitter pour que l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) s'applique est « lourd » (par. 62). Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime qu'il s'agit d'une erreur de droit. Le fardeau consiste à prouver, selon la norme applicable en matière civile, que l'exception s'applique. Cependant, je ne crois pas que la conclusion tirée par la Cour d'appel fédérale soit tributaire de sa

extensive redactions made by Health Canada. I will explain.

[163] With respect to the NDS, the Court of Appeal's holding turned mainly on the way Health Canada came to concede that extensive redaction was necessary, coupled with Merck's failure to respond specifically to the portions remaining after these final redactions had been made.

[164] In September of 2001, Health Canada filed a new affidavit to which were attached more heavily redacted versions of documents that it proposed to release: see C.A. reasons, at para. 16. Merck did not respond specifically to the newly edited versions of the documents. The Court of Appeal found that the affidavit evidence submitted by Merck before that date was of limited use because it was impossible to tell if an objection continued to apply in light of the new editing. The Court of Appeal also found that the affidavits submitted by Merck after that date did not provide any direct and objective proof that the exemption applied to the documents in their newly redacted form (paras. 75-76). For that reason, the Court of Appeal set aside all of the reviewing judge's conclusions in relation to the s. 20(1)(b) exemption for the NDS.

[165] With respect to the SNDS, the Court of Appeal simply concluded that there was no direct and objective evidence from Merck to show that the information remaining in the records was confidential (para. 79).

[166] Both of these conclusions focussed on the question of whether the substance of the information was publicly available.

[167] Merck's factum in this Court addresses these specific conclusions in three short paragraphs.

description de la norme de preuve. Sa décision reposait plutôt sur le fait que, selon elle, aucune preuve n'établissait que les exceptions invoquées s'appliquaient compte tenu des expurgations importantes faites par Santé Canada. Je m'explique.

[163] En ce qui concerne la PDN, la conclusion de la Cour d'appel fédérale portait surtout sur la façon dont Santé Canada en est venu à reconnaître la nécessité de faire d'importantes expurgations, conjuguée à l'omission de Merck de commenter expressément les renseignements qui subsistaient après que les expurgations avaient été faites.

[164] En septembre 2001, Santé Canada a déposé un nouvel affidavit auquel étaient jointes des versions davantage expurgées des documents qu'il envisageait de communiquer : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 16. Merck n'a pas commenté expressément ces versions nouvellement expurgées des documents. La Cour d'appel fédérale a conclu que la preuve par affidavit soumise par Merck avant cette date était peu utile car il était impossible de savoir si une objection s'appliquait toujours, compte tenu des nouvelles expurgations. La Cour d'appel fédérale a également conclu que les affidavits soumis par Merck après cette date n'établissaient pas directement et objectivement que l'exemption s'appliquait aux documents sous leur forme nouvellement expurgée (par. 75-76). Pour ce motif, la Cour d'appel fédérale a annulé toutes les conclusions tirées par le juge siégeant en révision relativement à l'application à la PDN de l'exception prévue à l'al. 20(1)b).

[165] En ce qui concerne la PSDN, la Cour d'appel fédérale a tout simplement conclu que Merck n'avait soumis aucune preuve directe et objective établissant que les renseignements figurant toujours dans les documents étaient de nature confidentielle (par. 79).

[166] Ces deux conclusions portaient principalement sur la question de savoir si le contenu des renseignements était accessible au public.

[167] Merck traite précisément de ces conclusions dans trois courts paragraphes du mémoire qu'elle

It submits that Merck consistently treats the information in issue confidentially and that, contrary to the findings of the Court of Appeal, there was “ample evidence in the record that Merck treats the information in issue as confidential” (para. 180). As an example, it refers to evidence that access to Merck’s facilities is restricted, that its employees and consultants must sign confidentiality agreements, that access to paper and computer discs is restricted on a “need-to-know” basis and in particular that information pertaining to an NDS is accessible to its Regulatory Affairs personnel, and to a restricted number of the company’s officers on a “need-to-know” basis.

[168] Respectfully, these submissions are of no assistance with respect to the issue that concerned the Court of Appeal; the submissions do not explain how what is left on the often heavily redacted pages is confidential in the face of Health Canada’s evidence that the unredacted material is in the public domain and therefore not confidential. Merck’s submissions and my perusal of the record have not persuaded me that the Court of Appeal erred in its conclusion on this point. The consideration of two specific examples will explain why.

[169] In the NDS file, consider by way of example the evidence in relation to page 33 of the records in issue. That page is part of the Comprehensive Summary; specifically, it is from the section setting out certain investigational studies. The page refers to studies by number, the particulars of which are listed elsewhere in the submission.

[170] On Health Canada’s final redacted version of page 33, there are redactions made to the list of studies. On page 137, all details have also been redacted from one of the studies referred to on page 33. By way of contrast, the earlier January 2, 2001

présenté à la Cour, où elle soutient avoir invariablement traité de façon confidentielle les renseignements en litige et affirme que, contrairement aux conclusions tirées par la Cour d’appel fédérale, [TRADUCTION] « le dossier comportait une preuve abondante établissant que Merck traite les renseignements en litige comme étant confidentiels » (par. 180). À titre d’exemple, elle fait référence à de la preuve démontrant que l’accès à ses installations est restreint, que ses employés et ses experts-conseils doivent conclure avec elle des ententes de confidentialité, que l’accès à ses documents sur support papier et support informatique n’est accordé qu’à ceux qui en ont besoin pour faire leur travail, et, en particulier, que l’accès aux renseignements qui ont trait à une PDN n’est accordé qu’aux personnes qui travaillent aux affaires réglementaires et à un nombre limité de dirigeants de la société, dans la mesure où ils en ont besoin.

[168] À mon humble avis, ces observations ne sont d’aucune utilité pour trancher la question sur laquelle s’est penchée la Cour d’appel fédérale; les observations n’expliquent pas en quoi le contenu des pages expurgées — dont plusieurs l’ont été de façon importante — est confidentiel compte tenu de la preuve de Santé Canada que les renseignements non retranchés font partie du domaine public et, par conséquent, ne sont pas de nature confidentielle. Les observations de Merck et mon examen du dossier ne m’ont pas convaincu que la Cour d’appel fédérale a commis une erreur dans la conclusion qu’elle a tirée à cet égard. L’examen de deux exemples précis permettra de comprendre pourquoi.

[169] S’agissant du dossier de la PDN, examinons, à titre d’exemple, la preuve qui se rapporte à la page 33 des documents en litige. Cette page provient du sommaire général; plus précisément, elle appartient à la partie qui décrit certains travaux de recherche. Elle fait référence, par numéro, à des études dont le contenu est décrit ailleurs dans la présentation.

[170] La liste d’études mentionnée dans la version finale expurgée de la page 33 de Santé Canada a été expurgée à certains endroits. En outre, à la page 137, tous les détails ont été retranchés de l’une des études à laquelle il est fait référence à la page 33. Par

version had no redactions from page 33, nor were there any redactions to the details of the studies on page 137: see C.A. reasons, at paras. 68-69.

[171] Merck's affidavit evidence relating to the substantive content of this page is to the effect that its contents reveal confidential results which are not in the public domain. Health Canada's evidence accepts that the page in issue contains specific confidential, financial, commercial, scientific or technical third party information that is properly exempted from disclosure, but maintains that all such information has been redacted and the remaining information either is not confidential by nature (such as the format of the page) or is in the public domain. Merck's evidence does not respond to Health Canada's evidence. Faced with the unanswered evidence that all confidential information had been redacted, and with no explanation from the reviewing judge as to why he had rejected this potentially decisive and unanswered evidence, the Federal Court of Appeal appropriately intervened and made its own assessment: see C.A. reasons, at paras. 72-76.

[172] I turn to the s. 20(1)(b) exemptions claimed in the SNDS. Consider by way of example the evidence in relation to page 115 of the records in issue. This page is also part of the Comprehensive Summary. Throughout the process, Health Canada did not redact any part of this page. The reviewing judge found that it contained confidential information and that it was to be exempted from disclosure in its entirety (see Beaudry J., at para. 113 (2006 FC 1200)), a holding which the Court of Appeal reversed.

[173] In its letter dated July 20, 2001, Merck responded to Health Canada's notice and submitted its objections to disclosure. Merck's objections

contrast, aucun passage de la version antérieure de cette page, qui datait du 2 janvier 2001, n'en avait été retranché, et aucun détail des études n'avait été éliminé de la page 137 : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 68-69.

[171] Selon la preuve par affidavit soumise par Merck relativement au contenu substantif de cette page, celle-ci divulgue des résultats confidentiels qui ne font pas partie du domaine public. Dans sa preuve, Santé Canada accepte que la page en litige contient des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle fournis par un tiers qui sont, à bon droit, soustraits à la divulgation, mais elle prétend que tous les renseignements de ce type ont été retranchés et que les renseignements restants ne sont pas confidentiels de par leur nature (comme la présentation de la page) ou encore font partie du domaine public. Merck n'a présenté aucune preuve pour réfuter celle de Santé Canada. Or, compte tenu du silence de Merck au sujet de la preuve que tous les renseignements de nature confidentielle avaient été retranchés et de l'absence de toute explication du juge siégeant en révision sur la raison pour laquelle il avait rejeté cette preuve potentiellement décisive et non contredite, c'est à bon droit que la Cour d'appel fédérale est intervenue et qu'elle a fait sa propre appréciation : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 72-76.

[172] Je me pencherai maintenant sur les exceptions prévues à l'al. 20(1)(b) invoquées relativement à la PSDN. Examinons, à titre d'exemple, la preuve se rapportant à la page 115 des documents en litige. Cette page fait également partie du sommaire général. Tout au long du processus, Santé Canada n'a retranché aucune partie de cette page. Or, le juge siégeant en révision a conclu qu'elle contenait des renseignements confidentiels et qu'elle devait être complètement soustraite à la communication (voir les motifs du juge Beaudry, par. 113 (2006 CF 1200)), une conclusion que la Cour d'appel fédérale a infirmée.

[173] Dans sa lettre datée du 20 juillet 2001, Merck a répondu à l'avis de Santé Canada et lui a soumis ses objections à la divulgation de certains

address generally the nature and the type of information found in the Comprehensive Summary pages. Merck asserted the confidential nature of this information by noting the limited distribution of the Comprehensive Summary within Merck and that it was submitted to Health Canada with a confidentiality notice. There is no specific comment about the confidentiality of the substantive content of what is found at page 115.

[174] Health Canada responded to Merck on October 2, 2001. It agreed to some additional, partial redactions in other documents, but it rejected the balance of Merck's objections: see Beaudry J., at para. 19 (2006 FC 1200). Health Canada asserted that there could be no blanket exemption on the Comprehensive Summary and that some of its information was already available in the public domain. It provided for no redaction of the information contained at page 115.

[175] Merck sent a further reply on October 31, 2001, based on a review prepared by outside consultants. The review identified all of the information that was not already publicly available, and which had not been redacted by Health Canada: see Beaudry J., at para. 23 (2006 FC 1200). At this time, Merck and the consultants suggested redacting only certain paragraphs and several references to other sections of the SNDS. Merck argued that such information remained confidential. It also argued that its methodology in preparing the SNDS was confidential and therefore the references to other parts of the SNDS should be redacted.

[176] Health Canada sent Merck its final notice on December 19, 2001. It agreed to redact some additional details in other documents, but rejected the balance of Merck's objections: see Beaudry J., at paras. 24-26 (2006 FC 1200). As mentioned above, there was no redaction to page 115, and so Merck applied to the Federal Court for review.

renseignements. Les objections de Merck traitent d'une manière générale de la nature et du type de renseignements figurant dans les pages qui constituent le sommaire général. Merck a fait valoir que ces renseignements étaient de nature confidentielle, soulignant que le sommaire avait été communiqué à certaines personnes seulement au sein de son organisation et qu'il avait été transmis à Santé Canada assorti d'un avis de confidentialité. Aucune remarque n'a été formulée quant au caractère confidentiel du contenu substantif de la page 115.

[174] Santé Canada a répondu à Merck le 2 octobre 2001, acceptant d'expurger partiellement d'autres documents, mais rejetant ses autres objections : voir les motifs du juge Beaudry, par. 19 (2006 CF 1200). Santé Canada a fait valoir que le sommaire général ne pouvait être exclu en entier et que certains des renseignements qu'il contenait se trouvaient déjà dans le domaine public. Elle s'est abstenue d'expurger la page 115.

[175] Merck a envoyé une autre réponse à Santé Canada le 31 octobre 2001 à la suite d'un examen effectué par des experts-conseils dont elle avait retenu les services. L'examen relevait tous les renseignements qui n'étaient pas déjà accessibles au public et qui n'avaient pas été retranchés par Santé Canada : voir les motifs du juge Beaudry, par. 23 (2006 CF 1200). À cette époque, Merck et les experts-conseils étaient d'avis de retrancher certains paragraphes seulement ainsi que plusieurs renvois à d'autres parties de la PSDN. Merck a prétendu que ces renseignements demeuraient confidentiels. Elle a également soutenu que la méthode qu'elle avait suivie pour préparer la PSDN était confidentielle et que, par conséquent, les renvois à d'autres parties de celle-ci devaient être retranchés.

[176] Santé Canada a envoyé à Merck son dernier avis le 19 décembre 2001, acceptant de retrancher certains détails supplémentaires d'autres documents, mais rejetant ses autres objections : voir les motifs du juge Beaudry, par. 24-26 (2006 CF 1200). Comme je l'ai déjà mentionné, la page 115 n'a pas été expurgée. Merck a donc déposé une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale.

[177] Before the Federal Court, Merck submitted a detailed table listing the parts of the record in dispute and its representations regarding the reasons why they should be exempted from disclosure. With regard to the confidentiality of page 115, Merck referred to an affidavit which says that pharmaceutical companies generally consider this information confidential. It also refers to another affidavit, which similarly states that pharmaceutical companies usually treat this type of information as confidential and that Merck does the same: see C.A. reasons, at paras. 96 and 98.

[178] Once again, I see no error in the Court of Appeal's conclusion that Merck's evidence was not, in law, capable of discharging its onus of showing how the substantive information on page 115 contained confidential information: see C.A. reasons, at para. 79.

[179] I therefore agree with the Court of Appeal to the extent that it held that Merck had not shown that the substantive contents of the records in dispute contained confidential financial, commercial, scientific or technical information. However, the Court of Appeal did not address the other two aspects of Merck's submissions made in this Court in relation to s. 20(1)(b).

[180] Merck's second point is that the formatting and structure of the submissions qualifies for exemption. As noted earlier, I do not agree with this submission, for the reasons I set out above.

[181] Merck's third point is that the very fact it listed studies and therefore would be understood to have relied on them in its new drug submissions was confidential information. Even if the studies themselves are in the public domain, Merck maintains

[177] Merck a présenté à la Cour fédérale un tableau détaillé énumérant les parties du dossier qui faisaient l'objet du litige ainsi que des observations dans lesquelles elle expliquait pourquoi, selon elle, ces parties devaient être soustraites à la communication. En ce qui concerne le caractère confidentiel de la page 115, Merck a fait référence à un affidavit mentionnant qu'en général les sociétés pharmaceutiques estimaient que de tels renseignements étaient confidentiels. Elle a aussi fait référence à un autre affidavit qui mentionnait, dans la même veine, que les sociétés pharmaceutiques considéraient habituellement que ce genre de renseignements étaient confidentiels et que Merck avait fait de même : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 96 et 98.

[178] Encore là, je ne constate aucune erreur dans la conclusion de la Cour d'appel fédérale que la preuve soumise par Merck ne lui permettait pas juridiquement de s'acquitter de son fardeau de démontrer en quoi certains des renseignements de fond figurant dans la page 115 étaient de nature confidentielle : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 79.

[179] Je souscris donc à l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans la mesure où elle a conclu que Merck n'a pas établi que le contenu substantif des documents en litige comprenait des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle. Toutefois, la Cour d'appel fédérale n'a pas traité des deux autres aspects des observations que Merck a formulées devant notre Cour relativement à l'al. 20(1)(b).

[180] Le deuxième argument de Merck est que la mise en forme et la structure des présentations sont visées par l'exception. Comme je l'ai déjà dit, et pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne souscris pas à cet argument.

[181] Le troisième argument de Merck est que le fait même qu'elle a énuméré des études dans ses présentations, et que cela laissait donc entendre qu'elle s'était fondée sur elles, constituait un renseignement de nature confidentielle. Même si les

that it assembled the list of articles and studies and that what it chose to include is not in the public domain. The very fact that a particular publication was used in a Canadian NDS is not public knowledge. The list also provides a screening of articles and links them to the product and the NDS/SNDS. Merck also emphasizes that this information confers a competitive advantage on a competitor with concomitant harm to it. This last point, of course, is relevant to the s. 20(1)(c) exemption, not the s. 20(1)(b) exemption under consideration here.

[182] The problem with Merck's arguments about the listing of studies is that Merck itself proposed that copies of all published articles referred to in the submissions should be provided to the requester: letter from Merck to Health Canada dated September 25, 2000 (see reasons of Harrington J., at para. 38 (2004 FC 959); see also Beaudry J., at para. 16 (2006 FC 1201)). In addition, Health Canada underlines the point that the fact Merck had referred to many studies was already in the public domain as a result of the publication of the Product Monograph and documents published by the U.S. FDA (R.F., at para. 134). I cannot see any difference in principle between published articles and studies otherwise in the public domain. Releasing these articles in response to an access to information request relating to an NDS or an SNDS of course shows that Merck selected the studies and draws the link between the articles and the product and the NDS or the SNDS. This, in my view, completely undermines Merck's claim for confidentiality of the fact that it selected the studies for inclusion or the existence of a link between them to the product and the NDS/SNDS. Having reviewed the relevant evidence, my view is that Merck did not show that the listing of the studies was itself confidential financial, commercial, scientific or technical information. While I would not foreclose the possibility of a claim of this nature being established in some cases in which the evidence supported it, the evidence does not support it here. I would add that the simple listing of studies does not

études elles-mêmes font partie du domaine public, Merck fait valoir qu'elle a elle-même dressé la liste d'articles et d'études et que ce qu'elle a décidé d'y inclure ne fait pas partie du domaine public. Le fait même qu'une publication donnée ait été utilisée dans le cadre d'une PDN au Canada n'est pas de notoriété publique. La liste comprend également une sélection d'articles appariés au produit et à la PDN et la PSDN. Merck souligne également que ce renseignement confère un avantage concurrentiel à ses concurrents, ce qui lui cause du tort. Ce dernier point est, bien entendu, pertinent en ce qui concerne l'exception prévue à l'al. 20(1)c), et non quant à celle prévue à l'al. 20(1)b), dont il est présentement question.

[182] Les arguments de Merck au sujet de la liste d'études sont problématiques, car c'est Merck elle-même qui a proposé que des copies de tous les articles publiés qui ont été mentionnés dans les présentations soient fournies au demandeur : lettre de Merck à Santé Canada datée du 25 septembre 2000 (voir les motifs du juge Harrington, par. 38 (2004 CF 959); voir également les motifs du juge Beaudry, par. 16 (2006 CF 1201)). De plus, Santé Canada souligne que le fait que Merck avait fait référence à plusieurs études était déjà de notoriété publique en raison de la publication de la monographie de produit et de documents publiés par la FDA (m.i., par. 134). Je ne vois aucune différence, en principe, entre des articles publiés et des études faisant autrement partie du domaine public. La communication des articles en réponse à une demande d'accès à l'information touchant une PDN ou une PSDN démontre que Merck avait choisi les études citées et qu'elle avait établi un lien entre les articles et le produit, et la PDN ou la PSDN, selon le cas. Ceci, selon moi, mine complètement la prétention de Merck que le fait qu'elle ait choisi des études afin de les inclure dans la PDN ou la PSDN, selon le cas, ou que l'existence d'un lien entre ces études et le produit et l'une ou l'autre de ces présentations, est de nature confidentielle. J'ai examiné la preuve pertinente, et j'en conclus que Merck n'a pas démontré que l'énumération des études constituait elle-même un renseignement financier, commercial, scientifique ou technique de nature confidentielle. Je n'exclus certes

engage the *Janssen-Ortho* principle which relates to information revealing the third party's evaluation of those studies.

[183] I would therefore uphold the decision of the Federal Court of Appeal to reject Merck's claims for s. 20(1)(b) exemptions on this record.

(4) Section 20(1)(c): Disclosure of Information That Could Reasonably Be Expected to Harm the Third Party

[184] I turn now to the harm-based exemption in s. 20(1)(c). The exemption applies if the third party establishes that the disclosure "could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or . . . prejudice the competitive position of, a third party":

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

. . .

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; . . .

[185] Once again, there are submissions from both parties about the applicable principles as well as how those principles apply. The debate in this Court centred on three aspects of this exemption: (i) the degree of likelihood required by this provision that harm will result from disclosure; (ii) whether disclosing information already in the public domain can cause harm; and (iii) the types of harm contemplated by the provision. After a brief review of the decisions below, I will address these issues and deal with the more specific

pas la possibilité que le bien-fondé d'un tel argument soit établi dans certains cas où il est étayé par la preuve, mais, en l'espèce, la preuve est insuffisante à cet égard. Enfin, j'estime que le simple fait d'énumérer des études ne fait pas intervenir le principe de *Janssen-Ortho*, qui se rapporte aux renseignements qui révèlent l'appréciation que le tiers a faite de ces études.

[183] Je suis donc d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale de rejeter les prétentions de Merck selon lesquelles les exceptions prévues par l'al. 20(1)(b) s'appliquent en l'espèce.

(4) L'alinéa 20(1)(c) : renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire au tiers

[184] Je vais maintenant examiner l'exception, prévue à l'al. 20(1)(c), visant à éviter un préjudice. L'exception s'applique si le tiers établit que la divulgation des renseignements « risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité » :

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

. . .

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

[185] Là encore, des observations ont été formulées par les deux parties quant aux principes applicables et à la façon dont il convient de les appliquer. Le débat devant la Cour a principalement porté sur trois aspects de cette exception : (i) le degré de probabilité, selon cette disposition, qu'un préjudice découle de la divulgation des renseignements visés; (ii) la question de savoir si la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public peut causer un préjudice; et (iii) les types de préjudice visés par la disposition. Après avoir examiné

submissions about how the relevant principles apply in this case.

(a) *Decisions in the Federal Court and the Federal Court of Appeal*

[186] Turning first to the NDS file, it is unclear what threshold of probability of harm the reviewing judge applied. At paragraph 101 (2006 FC 1201), he referred to the burden of “establishing probability of harm” while, at para. 107, he tracked the statutory language of s. 20(1)(c) by referring to whether disclosure “could reasonably be expected to . . . prejudice” the third party. He ruled that only one page of the contested reviewers’ notes and correspondence between Merck and Health Canada fell within the s. 20(1)(c) exemption (para. 93). He also rejected in general terms Merck’s position that it would probably suffer prejudice from disclosure of information that was already in the public domain (para. 101). Nonetheless, he found the exemption applied to about 130 documents, mostly in the Comprehensive Summary, because they contained information that was more precise or more detailed than that which was publicly available (para. 104).

[187] With respect to the SNDS file, the reviewing judge applied the same legal framework and found that five documents fell within the s. 20(1)(c) exemption on the basis that they contained information that was more precise or more detailed than that available in the public domain and that their disclosure “would likely cause the Applicant significant loss of profit or undermine its competitiveness” (para. 112 (2006 FC 1200)).

[188] The Federal Court of Appeal overturned the reviewing judge’s findings in both files and found none of the records was exempt under s. 20(1)(c). Desjardins J.A. for the court held that for

brèvement les décisions des juridictions inférieures, je traiterai de ces questions et me pencherai sur les observations plus précises qui ont été formulées quant à la façon dont il convient d’appliquer les principes pertinents en l’espèce.

a) *Les décisions de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale*

[186] D’abord, en ce qui concerne le dossier de la PDN, on ne sait pas clairement quel critère le juge siégeant en révision a appliqué pour ce qui est de la possibilité qu’un préjudice soit causé. Au paragraphe 101 (2006 CF 1201), il a fait mention du fardeau de « démontrer [. . .] la probabilité du préjudice », alors qu’au par. 107 il a repris le libellé de l’al. 20(1)c en se demandant si la divulgation « risquerait vraisemblablement [. . .] de nuire » au tiers. Il a statué que seulement une page des notes d’examineurs contestées et de la correspondance entre Merck et Santé Canada était visée par l’exception prévue à l’al. 20(1)c (par. 93). Il a également rejeté en termes généraux le point de vue de Merck selon lequel la communication de documents contenant des renseignements se trouvant déjà dans le domaine public lui causerait vraisemblablement un préjudice (par. 101). Néanmoins, il a conclu que l’exception s’appliquait à environ 130 documents, dont la plupart figuraient dans le sommaire général, parce qu’ils contenaient des renseignements plus précis ou plus détaillés que ceux qui se trouvaient dans le domaine public (par. 104).

[187] En ce qui concerne le dossier de la PSDN, le juge siégeant en révision a appliqué le même cadre juridique et conclu que cinq documents étaient bel et bien visés par l’exception prévue à l’al. 20(1)c parce qu’ils contenaient des renseignements plus précis ou plus détaillés que ceux qui se trouvaient déjà dans le domaine public et dont la divulgation « risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à la demanderesse ou de nuire à sa compétitivité » (par. 112 (2006 CF 1200)).

[188] La Cour d’appel fédérale a infirmé les conclusions auxquelles le juge siégeant en révision est parvenu à l’égard de l’un et l’autre dossier et a conclu qu’aucun des documents en cause n’était

the third party to benefit from this exemption, the information could not be in the public domain and that the third party had to establish a “reasonable expectation of probable harm” (para. 81, citing *AstraZeneca*). In her view, a mere possibility of harm was not sufficient (para. 84). Desjardins J.A. found that the record did not support the reviewing judge’s conclusion that the exemption under s. 20(1)(c) applied to any of the documents as redacted. She found that Merck’s evidence was vague, speculative and silent as to specifically how and why the disclosure of the requested information would be likely to bring about the harm alleged by Merck (para. 93).

[189] Other than four documents from the NDS that are no longer in issue, Merck seeks restoration of all of the s. 20(1)(c) exemptions, found by the reviewing judge, as well as exemptions for the other documents for which it unsuccessfully claimed exemptions before the reviewing judge. These latter records amount to over 100 documents in each of the NDS and the SNDS appeals.

[190] With respect to the s. 20(1)(c) exemptions claimed by Merck but rejected by the reviewing judge, Merck’s submissions in this Court have not shown how the reviewing judge erred in his rejection of its claims or how the Federal Court of Appeal erred by upholding his findings. The focus of my analysis therefore will be on the s. 20(1)(c) exemptions upheld by the reviewing judge but set aside by the Court of Appeal; that is, about 130 documents in the NDS and 5 in the SNDS.

[191] I return to the three issues identified earlier.

visé par l’exception prévue à l’al. 20(1)c). La juge Desjardins, s’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, a conclu que pour que le tiers puisse se prévaloir de cette exception, les renseignements visés ne devaient pas se trouver dans le domaine public, et que le tiers devait établir qu’il avait une « attente raisonnable d’un préjudice probable » (par. 81, citant *AstraZeneca*). Selon elle, la simple possibilité de préjudice n’était pas suffisante à cet égard (par. 84). Elle a conclu que le dossier n’appuyait pas la conclusion du juge siégeant en révision selon laquelle l’exception prévue à l’al. 20(1)c) s’appliquait à l’un ou l’autre des documents sous leur forme expurgée. Elle a conclu que la preuve de Merck était vague, spéculative et silencieuse sur la question de savoir précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés causerait vraisemblablement le préjudice allégué par Merck (par. 93).

[189] Outre quatre documents de la PDN qui ne sont plus en litige, Merck cherche à obtenir le rétablissement de l’ensemble des exceptions prévues à l’al. 20(1)c) qui s’appliquaient selon le juge siégeant en révision ainsi que l’application, aux autres documents, des exceptions qu’elle n’avait pas réussi à faire valoir devant ce dernier et qui visaient plus de 100 documents relatifs à la PDN et autant de documents relatifs à la PSDN.

[190] En ce qui concerne l’application des exceptions prévues à l’al. 20(1)c) qu’elle cherchait à obtenir mais que le juge siégeant en révision a rejetées, Merck n’a pas démontré, dans ses observations à la Cour, en quoi le juge siégeant en révision a commis une erreur en statuant que ses arguments n’étaient pas fondés, ni de quelle façon la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en confirmant les conclusions de ce dernier. Mon analyse portera donc principalement sur les exceptions prévues à l’al. 20(1)c) que le juge siégeant en révision a maintenues mais que la Cour d’appel fédérale a annulées, à savoir environ 130 documents dans le cas de la PDN et 5 documents dans le cas de la PSDN.

[191] Je reprends maintenant l’examen des trois questions que j’ai déjà relevées.

(b) *The Degree of Likelihood That Harm Will Occur*

[192] For about 20 years, the Federal Courts have read s. 20(1)(c) as requiring the third party to demonstrate “a reasonable expectation of probable harm”: see, e.g., *Canada Packers*, at pp. 58-60; *Canada v. Canada*, at pp. 440 ff.; *Air Atonabee*, at pp. 277-78 and 280; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at pp. 487-88; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2004 FCA 214, 322 N.R. 388, at paras. 11 ff.

[193] Merck proposes that this line of jurisprudence should be abandoned and that the word “probable” should be omitted. Merck submits that the proper test was articulated by the Nova Scotia Court of Appeal in *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, where the court held that the introduction of “probable” into the language of the test was incorrect. Hence, all that is required is a “reasonable expectation of harm” (para. 37). Merck’s proposed test would therefore require the third party to show a “reasonable expectation of harm” resulting from disclosure.

[194] Health Canada maintains that the well-established standard applied by the Federal Court of Appeal in this case should be maintained. As the case law clearly indicates that a mere possibility is insufficient, the proper test is a reasonable expectation of probable harm. Any test in between cannot be conceptualized.

[195] I am not persuaded that we should change the way this test has been expressed by the Federal Courts for such an extended period of time. Such a change would also affect other provisions because similar language to that in s. 20(1)(c) is employed in several other exemptions under the Act, including

b) *Le degré de probabilité qu’un préjudice soit causé*

[192] Pendant environ 20 ans, les cours fédérales ont considéré que l’al. 20(1)c exigeait que le tiers démontre l’existence d’« un risque vraisemblable de préjudice probable » : voir, p. ex., *Canada Packers*, p. 58-60; *Canada c. Canada*, p. 440 et suiv.; *Air Atonabee*, par. 52 et 58; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1^{re} inst.), p. 487-488; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1990] A.C.F. n^o 81 (QL) (C.A.); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CAF 214 (CanLII), par. 11 et suiv.

[193] Selon Merck, il faut abandonner ce courant jurisprudentiel et éliminer du critère le mot « probable ». Merck prétend que le critère qu’il convient d’appliquer a été formulé par la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, décision où elle a conclu que l’introduction du mot « probable » dans la formulation du critère était erronée. Par conséquent, il suffit de démontrer qu’il existe un « risque vraisemblable de préjudice » (par. 37). Selon le critère proposé par Merck, le tiers devrait donc démontrer que la divulgation occasionnerait un « risque vraisemblable de préjudice ».

[194] Santé Canada prétend qu’il faut conserver la norme bien établie que la Cour d’appel fédérale a appliquée dans la présente affaire. Comme la jurisprudence le mentionne clairement, la simple possibilité qu’un préjudice soit causé n’est pas suffisante : le critère qu’il convient d’appliquer est celui du risque vraisemblable de préjudice probable. Il n’existe pas de solution mitoyenne.

[195] Je ne suis pas convaincu que nous devrions modifier la façon dont les cours fédérales formulent ce critère depuis si longtemps. En effet, une telle modification aurait également une incidence sur d’autres dispositions, car plusieurs autres exceptions prévues par la Loi sont formulées d’une façon

those relating to federal-provincial affairs (s. 14), international affairs and defence (s. 15), law enforcement and investigations (s. 16), safety of individuals (s. 17), and economic interests of Canada (s. 18). In addition, as the respondent points out, the “reasonable expectation of probable harm” test has been followed with respect to a number of similarly worded provincial access to information statutes. Accordingly, the legislative interpretation of this expression is of importance both to the application of many exemptions in the federal Act and to similarly worded provisions in various provincial statutes.

[196] It may be questioned what the word “probable” adds to the test. At first reading, the “reasonable expectation of probable harm” test is perhaps somewhat opaque because it compounds levels of uncertainty. Something that is “probable” is more likely than not to occur. A “reasonable expectation” is something that is at least foreseen and perhaps likely to occur, but not necessarily probable. When the two expressions are used in combination — “a reasonable expectation of probable harm” — the resulting standard is perhaps not immediately apparent. However, I conclude that this long-accepted formulation is intended to capture an important point: while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. Understood in that way, I see no reason to reformulate the way the test has been expressed.

[197] I note that in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 58, the Court referred with apparent approval to the “reasonable expectation of probable harm” formulation and to the statement by Richard J. (as he then was) in *Information Commissioner (Can.) v. Immigration and Refugee Board (Can.)* (1997), 140 F.T.R. 140

semblable à l’al. 20(1)c), notamment celles relatives à la conduite des affaires fédéro-provinciales (art. 14), à la conduite des affaires internationales et à la défense du Canada (art. 15), aux enquêtes (art. 16), à la sécurité des individus (art. 17), et aux intérêts économiques du Canada (art. 18). De plus, comme le souligne l’intimé, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » a été appliqué relativement à un certain nombre de lois provinciales en matière d’accès à l’information libellées en des termes similaires. Par conséquent, l’interprétation législative de ce critère est importante tant en ce qui concerne l’application de nombreuses exceptions prévues dans la Loi fédérale que celle de diverses lois provinciales libellées en des termes similaires.

[196] On peut se demander ce que le mot « probable » ajoute au critère. À première vue, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » semble peut-être quelque peu obscur parce qu’il ajoute des degrés d’incertitude. Une chose « probable » est plus susceptible de se produire que l’inverse. Un « risque vraisemblable » est quelque chose qui est à tout le moins prévu et qui est peut-être susceptible de se produire, mais qui n’est pas nécessairement probable. La juxtaposition des deux expressions — « un risque vraisemblable de préjudice probable » — résulte en une norme qui peut ne pas être claire à première vue. Toutefois, je conclus que cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à savoir que même s’il ne lui incombe pas d’établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produira effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. Dans cette optique, je ne vois aucune raison de reformuler le critère.

[197] Je souligne que dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 58, la Cour a fait référence, semble-t-il en les approuvant, à la formulation « risque vraisemblable de préjudice probable » et aux propos du juge Richard (plus tard juge en chef de la Cour fédérale) dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de*

(T.D.), that this standard implies a “confident belief” (para. 43). In applying the standard, the Court concluded that the evidence did not “provide a reasonable basis for concluding that disclosure . . . could reasonably be expected to be injurious” so as to result in the harm alleged (para. 61). This comment, while not requiring proof that harm will occur on the balance of probabilities, nonetheless underlines the point that something well beyond a mere possibility of harm must be shown. As for the causal link between disclosure and harm, the Court indicated that there need not be a causal relationship as in tort law, but that there must be proof of a “clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged” (*Lavigne*, at para. 58; see also *Canada Packers*, at pp. 58-59).

[198] The Court also recently interpreted a similar phrase which occurs in another statutory context. In *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, the majority referred, at para. 60, to language specifying that a foreign national is inadmissible under s. 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, if that individual’s health condition “might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services”. Abella J. noted that the wording establishes a requirement that “any anticipated burdens on the public purse be tethered to the realities, not the possibilities, of [the] applicants’ circumstances” (para. 60 (emphasis added)).

[199] I would affirm the *Canada Packers* formulation. A third party claiming an exemption under s. 20(1)(c) of the Act must show that the risk of harm is considerably above a mere possibility, although not having to establish on the balance of probabilities that the harm will in fact occur. This approach, in my view, is faithful to the text of the provision as well as to its purpose.

l’immigration et du statut de réfugié), [1997] A.C.F. n° 1812 (QL) (1^{re} inst.), qui a jugé que ce critère indique qu’on doit avoir « des motifs d’y croire » (par. 43). En appliquant cette norme, la Cour a conclu que la preuve ne permettait pas « raisonnablement de conclure que la divulgation [. . .] risquerait vraisemblablement de nuire », soit de causer le préjudice appréhendé (par. 61). Ce commentaire ne veut certes pas dire qu’il faut établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’un préjudice sera causé, mais il fait néanmoins ressortir le fait qu’il faut démontrer davantage que la simple possibilité qu’un préjudice soit causé. En ce qui concerne le lien de causalité entre la divulgation et le préjudice, la Cour a affirmé qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait un lien de causalité, comme en droit de la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle, mais qu’il faut qu’il y ait « entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct » (*Lavigne*, par. 58; voir également *Canada Packers*, p. 58-59).

[198] La Cour a aussi récemment interprété une formulation similaire qui figure dans un autre contexte législatif. Dans *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, les juges majoritaires ont fait référence, au par. 60, à une disposition précisant que l’étranger est interdit de territoire en application du par. 38(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, si son état de santé « risqu[er]ait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé ». La juge Abella a souligné que, selon le libellé, il faut « rattacher toute prévision de fardeau pour les fonds publics à la situation réelle des demandeurs [. . .] et non à l’évolution possible de cette situation » (par. 60 (je souligne)).

[199] Je suis d’avis de confirmer la formulation figurant dans *Canada Packers*. Le tiers qui invoque une exception prévue à l’al. 20(1)(c) de la Loi doit démontrer qu’il existe beaucoup plus qu’une simple possibilité qu’un préjudice soit causé, mais il n’est pas tenu d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice se produira effectivement. Cette démarche, selon moi, est fidèle au libellé de la disposition et à l’objet de celle-ci.

[200] As with any question of statutory interpretation, the court must interpret the words of this statute in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[201] I begin with the English text of the provision. The words “could reasonably be expected to result” seem to avoid either the standard of mere possibility or the standard of probability. We must assume, I think, that both of those standards would clearly have been known to the drafters. This suggests that some middle ground was intended: something cannot reasonably be expected to occur if it is a mere possibility; but something may be reasonably expected even if it is not more likely than not to occur. The word “expected” derives from the verb “to expect”, a primary meaning of which is to “regard as likely” (*The Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 523). The word “likely” is more difficult to pin down. While it can mean “probable” it may also mean “such as well might happen” (p. 889). In legal usage, the standard of proof on the balance of probabilities is often expressed by saying that something must be shown to be more likely than not. I conclude that the English text of the statute suggests a middle ground between that which is probable and that which is merely possible. The intended threshold appears to be considerably higher than a mere possibility of harm, but somewhat lower than harm that is more likely than not to occur.

[202] Turning to the French text of s. 20(1)(c), the phrase “*risquerait vraisemblablement de causer*” is a challenging one to interpret. The conditional “*risquerait de causer*” might be rendered into English by either “could” or “would” cause. The drafter here chose the less definite “could”. The word “*vraisemblablement*” is capable of meaning “probably” or “likely”: see, e.g., *Kwiatkowsky v.*

[200] Comme pour toute question d’interprétation législative, la cour doit lire les termes de la loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de celle-ci, son objet et l’intention du législateur.

[201] Je vais d’abord examiner la version anglaise de la disposition. Les mots « *could reasonably be expected to result* » (« risquerait vraisemblablement de causer ») semblent éviter soit la norme de la simple possibilité, soit celle de la probabilité. Il faut, selon moi, présumer que ces deux normes étaient bien connues des rédacteurs. Cela tend à indiquer qu’on entendait établir une solution mitoyenne : on ne saurait raisonnablement s’attendre à ce qu’une chose se produise si elle ne constitue qu’une simple possibilité; en revanche, on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’une chose se produise même s’il n’est pas plus probable qu’elle se produise que l’inverse. Le mot anglais « *expected* » découle du verbe « *to expect* », dont le sens premier est « *regard as likely* » (« considérer comme étant probable ») (*The Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004), p. 523). Le sens du mot « *likely* » est toutefois plus difficile à dégager avec précision. Bien qu’il puisse signifier « *probable* » (« probable »), il peut également signifier « *such as well might happen* » (« comme il peut très bien se produire ») (p. 889). En langage juridique, on exprime souvent la norme de preuve de la prépondérance des probabilités en disant qu’il faut établir qu’il est plus probable qu’une chose se produise que l’inverse. J’arrive donc à la conclusion que la version anglaise de la disposition indique qu’il s’agit d’une solution mitoyenne entre ce qui est probable et ce qui est simplement possible. Le seuil envisagé semble exiger considérablement plus qu’une simple possibilité de préjudice, mais moins qu’un préjudice qui est plus probable de se produire que l’inverse.

[202] Je vais maintenant examiner la version française de l’al. 20(1)c). Le passage « *risquerait vraisemblablement de causer* » n’est pas facile à interpréter. Le conditionnel « *risquerait de causer* » peut être exprimé de deux façons en anglais, à savoir par « *could* » ou « *would* ». En l’occurrence, le rédacteur a choisi d’employer celui des deux mots qui exprime le moins de certitude, c’est-à-dire « *could* ». Par

Minister of Employment and Immigration, [1982] 2 S.C.R. 856, at pp. 863-64. However, it is often used in federal statutes as the equivalent of the English words “likely” or “reasonably” or to convey the sense of risk of something happening or not happening. Some examples follow. In the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 11(1), “*qu’une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l’enquête en question*” was drafted in English as “that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry”, and in s. 74.11(4) “*s’il est convaincu que le paragraphe (3) ne peut vraisemblablement pas être observé*” is drafted in English as “where it is satisfied that subsection (3) cannot reasonably be complied with”. In the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 25.1(9), “*qui entraînerait vraisemblablement la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci*” is drafted in English as “that would be likely to result in loss of or serious damage to property”, and in s. 382.1(2) “*sachant qu’ils seront vraisemblablement utilisés pour acheter ou vendre, même indirectement, les valeurs mobilières en cause ou qu’elle les communiquera vraisemblablement à d’autres personnes qui pourront en acheter ou en vendre*” was drafted in English as “knowing that there is a risk that the person will use the information to buy or sell, directly or indirectly, a security to which the information relates, or that they may convey the information to another person who may buy or sell such a security”. In the *Insurance Companies Act*, S.C. 1991, c. 47, s. 294(6), “*provoquerait vraisemblablement une modification sensible du prix des valeurs mobilières de la société*” was drafted in English as “might reasonably be expected to materially affect the value of any of the securities of the company”.

[203] As noted earlier, the word “likely” is a good fit with the statute’s text of “could reasonably be expected to”. The shared meaning rule for the interpretation of bilingual legislation dictates that the common meaning between the English and French legislative texts should be accepted:

ailleurs, le mot « vraisemblablement » peut avoir le sens de « *probably* » ou de « *likely* » : voir, p. ex., *Kwiatkowsky c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, p. 863-864. Toutefois, il est souvent utilisé dans les lois fédérales comme équivalent des mots anglais « *likely* » ou « *reasonably* » ou pour évoquer le risque qu’une chose se produise ou ne se produise pas. Voici quelques exemples. Au paragraphe 11(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, le passage « qu’une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l’enquête en question » est rendu en anglais par « *that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry* » et, au par. 74.11(4), le passage « s’il est convaincu que le paragraphe (3) ne peut vraisemblablement pas être observé » est rendu par « *where it is satisfied that subsection (3) cannot reasonably be complied with* ». Au paragraphe 25.1(9) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, le passage « qui entraînerait vraisemblablement la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci » est rendu par « *that would be likely to result in loss of or serious damage to property* » et, au par. 382.1(2), les mots « sachant qu’ils seront vraisemblablement utilisés pour acheter ou vendre, même indirectement, les valeurs mobilières en cause ou qu’elle les communiquera vraisemblablement à d’autres personnes qui pourront en acheter ou en vendre » sont rendus par « *knowing that there is a risk that the person will use the information to buy or sell, directly or indirectly, a security to which the information relates, or that they may convey the information to another person who may buy or sell such a security* ». Enfin, au par. 294(6) de la *Loi sur les sociétés d’assurances*, L.C. 1991, ch. 47, les mots « provoquerait vraisemblablement une modification sensible du prix des valeurs mobilières de la société » sont rendus par « *might reasonably be expected to materially affect the value of any of the securities of the company* ».

[203] Comme je l’ai déjà mentionné, le mot « *likely* » est tout à fait compatible avec le passage « *could reasonably be expected to* ». Or, il existe une règle d’interprétation des lois bilingues selon laquelle il faut retenir le sens commun à la version anglaise et à la version française : Sullivan, p. 99 et

Sullivan, at pp. 99 ff., and M. Bastarache et al., *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), at pp. 32 ff. By resorting to the shared meaning rule, I would interpret “could reasonably be expected to” in the English version and “*risquerait vraisemblablement*” in the French version as meaning “likely”, a standard considerably higher than mere possibility, but somewhat lower than “more likely than not”. This sense is captured by the long-standing test enunciated by the Federal Courts: “reasonable expectation of probable harm”.

[204] This interpretation also serves the purposes of the Act. A balance must be struck between the important goals of disclosure and avoiding harm to third parties resulting from disclosure. The important objective of access to information would be thwarted by a mere possibility of harm standard. Exemption from disclosure should not be granted on the basis of fear of harm that is fanciful, imaginary or contrived. Such fears of harm are not reasonable because they are not based on reason: see *Air Atonabee*, at p. 277, quoting *Re Actors’ Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584 (Admin. App. Trib.), at para. 25. The words “could reasonably be expected” “refer to an expectation for which real and substantial grounds exist when looked at objectively”: *Watt v. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII), at para. 120. On the other hand, what is at issue is risk of future harm that depends on how future uncertain events unfold. Thus, requiring a third party (or, in other provisions, the government) to prove that harm is more likely than not to occur would impose in many cases an impossible standard of proof.

[205] Health Canada applied an unduly onerous test of probability of harm. For example, an officer at Health Canada at the relevant time deposed that,

suiv., et M. Bastarache et autres, *Le droit de l’interprétation bilingue* (2009), p. 33 et suiv. Appliquant cette règle, je conclus que le passage « *could reasonably be expected to* », qui figure dans la version anglaise, et le passage « *risquerait vraisemblablement* », qui se trouve dans la version française, signifient tous les deux l’équivalent de « *likely* » (« *vraisemblablement* »), une norme exigeant considérablement plus qu’une simple possibilité, mais un peu moins qu’une probabilité plus grande qu’une chose se produise que le contraire, soit l’équivalent de « *more likely than not* ». Ce sens, qui se reflète dans le critère du « *risque vraisemblable de préjudice probable* » est établi de longue date par les cours fédérales.

[204] Cette interprétation est également conforme à l’objet de la Loi. Il est nécessaire d’atteindre un équilibre entre les objectifs importants de la divulgation et la nécessité d’éviter que celle-ci soit préjudiciable à des tiers. L’objectif important visé par l’accès à l’information serait mis en échec par la norme de la simple possibilité qu’un préjudice soit causé. Il faut éviter de refuser la divulgation de renseignements sur le fondement d’une crainte de préjudice qui est fantaisiste, imaginaire ou forcée. De telles craintes ne sont pas raisonnables parce qu’elles ne sont pas fondées sur la raison : voir *Air Atonabee*, par. 52, citant un extrait de *Re Actors’ Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584 (Admin. App. Trib.), par. 25. Les mots « *risquerait vraisemblablement* » [TRADUCTION] « expriment un risque, qui, en toute objectivité, est fondé sur des motifs réels et sérieux » : *Watt c. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII), par. 120. Par contre, ce dont il est question, c’est le risque qu’un préjudice soit causé, risque qui dépend de la concrétisation de certaines éventualités. Par conséquent, imposer au tiers (ou, dans d’autres dispositions, à l’administration) le fardeau d’établir que le préjudice est plus susceptible de se produire que de ne pas se produire reviendrait à lui imposer une norme de preuve qui, dans de nombreux cas, serait impossible à satisfaire.

[205] Santé Canada a appliqué un critère trop exigeant pour apprécier la probabilité qu’un préjudice soit causé. Par exemple, un fonctionnaire de Santé

in deciding whether disclosure could be expected to be prejudicial to a third party, the financial loss or the prejudice to a third party's competitive position must be "immediate" and "clear". This approach is not, in my respectful view, consistent with the language of s. 20(1)(c).

[206] To conclude, the accepted formulation of "reasonable expectation of probable harm" captures the need to demonstrate that disclosure will result in a risk of harm that is well beyond the merely possible or speculative, but also that it need not be proved on the balance of probabilities that disclosure will in fact result in such harm.

(c) *Could Disclosure of Publicly Available Information Cause Harm?*

[207] Merck notes in its submissions that there is no reference to confidentiality in s. 20(1)(c). Its position therefore is that in some cases information that is not confidential within the meaning of s. 20(1)(b) may still be exempted under s. 20(1)(c). It submits, for example, that a compilation of material may fall within s. 20(1)(c) even though each item in the compilation is in the public domain. Another example offered is of information which has had very limited previous disclosure. In both of these types of situations, Merck submits, the evidence may establish that harm could reasonably be expected to result from disclosure.

[208] As the respondent points out, it is very hard to show that harm can reasonably be expected to result from disclosure of publicly available information: *AstraZeneca*, at paras. 81 and 109; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health & Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161 (F.C.A.), at paras. 28-29. As Phelan J. put it in *AstraZeneca*, at para. 81, "[a]s a general proposition, publicly available information is not exempt information under section 20 either as a class of documents or under

Canada a témoigné, à l'époque pertinente, que pour conclure que la divulgation risque de causer un préjudice à un tiers, il fallait que les pertes financières ou l'atteinte à la compétitivité d'un tiers soient [TRADUCTION] « immédiates » et « manifestes ». À mon humble avis, cette approche n'est pas compatible avec le libellé de l'al. 20(1)(c).

[206] En conclusion, la formulation acceptée du critère, à savoir le « risque vraisemblable de préjudice probable », exprime la nécessité d'établir que la divulgation occasionnera un risque de préjudice selon une norme qui est beaucoup plus exigeante que la simple possibilité ou conjecture, mais qui n'atteint cependant pas celle d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation occasionnera effectivement un tel préjudice.

c) *La divulgation de renseignements accessibles au public peut-elle causer un préjudice?*

[207] Merck mentionne dans ses observations qu'il n'est pas question de confidentialité à l'al. 20(1)(c). Elle estime donc que, dans certains cas, des renseignements qui ne sont pas de nature confidentielle au sens de l'al. 20(1)(b) peuvent néanmoins être soustraits à la divulgation selon l'al. 20(1)(c). Elle affirme, par exemple, qu'une compilation de documents est susceptible de tomber sous le coup de l'al. 20(1)(c) même si chacun d'entre eux fait partie du domaine public. Merck cite aussi en exemple les renseignements ayant déjà fait l'objet d'une divulgation très restreinte. Dans ces deux types de situations, selon Merck, la preuve peut établir que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice.

[208] Comme le souligne l'intimé, il est très difficile de démontrer que la divulgation de renseignements accessibles au public risque vraisemblablement de causer un préjudice : *AstraZeneca*, par. 81 et 109; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 950 (QL) (C.A.), par. 28-29. Comme l'a dit le juge Phelan dans *AstraZeneca*, au par. 81, « [e]n général, les renseignements accessibles au public ne sont pas des renseignements exemptés

the [harm] test. It requires compelling evidence to dislodge the logical conclusion that information in the public domain will be used, particularly by knowledgeable users.”

[209] I accept this general principle. In this case, however, the difference between the parties is more concerned with what the information really consists of than with whether it is publicly available. For example, Merck submits that *the compilation* of publicly available studies is a separate work from the studies themselves and one which is created by Merck’s employees with a considerable investment of time and resources. Thus, the information at issue is not the publicly available information that the studies exist or what their content includes. What is not publicly available, says Merck, is the way a group of publicly available studies was compiled for a particular purpose.

[210] I do not think this submission fails as a matter of principle. It may be possible in some cases to show that the way in which publicly available information has been assembled in a particular situation is not, itself, publicly known. Once that is done, the question becomes whether disclosing it has been shown to give rise to the risk of harm required under s. 20(1)(c).

(d) *Types of Harm to the Third Party*

[211] I now turn to address the parties’ submissions about the types of harm on which a third party may rely in claiming the s. 20(1)(c) exemption. It is for the reviewing judge to decide whether the evidence shows that disclosure could reasonably be expected to result in harm of the nature specified in s. 20(1)(c). I mention this to underline the point that while the case law can set out general principles governing the provision’s application, at the end of the day, there is a significant factual component to the inquiry which will turn on the particular circumstances and evidence in each case.

de divulgation en vertu de l’article 20, soit à titre de catégorie de documents, soit selon le critère du “préjudice”. Il faut une preuve convaincante pour déloger la conclusion logique que des renseignements du domaine public seront utilisés, surtout par des utilisateurs avertis. »

[209] Je souscris à ce principe général. En l’espèce, toutefois, le différend entre les parties porte davantage sur la véritable nature des renseignements que sur la question de savoir s’ils sont accessibles au public. Par exemple, Merck affirme que *la compilation* d’études accessibles au public constitue un élément d’information distinct des études elles-mêmes que son personnel a consacré beaucoup de temps et d’énergie à créer. Par conséquent, le renseignement en cause n’est pas l’un des renseignements accessibles au public qui révèlent l’existence des études ou la teneur de celles-ci. Ce qui n’est pas accessible au public, selon Merck, c’est la manière dont des études accessibles au public ont été compilées dans un but précis.

[210] Je ne crois pas qu’il faut rejeter en principe cet argument. Il peut être possible dans certains cas de démontrer que la manière dont des renseignements accessibles au public ont été rassemblés dans une situation particulière n’est pas en soi de notoriété publique. Une fois cette démonstration faite, il faut se demander s’il a été établi que la divulgation de ces renseignements pose le risque de préjudice requis au titre de l’al. 20(1)(c).

d) *Types de préjudice causé au tiers*

[211] Je passe maintenant aux observations des parties concernant les types de préjudice qu’un tiers peut invoquer pour se prévaloir de l’exception prévue à l’al. 20(1)(c). Il revient au juge siégeant en révision de décider si la preuve démontre que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice du type visé à l’al. 20(1)(c). Je le mentionne afin de souligner que la jurisprudence peut certes établir les principes généraux d’application de la disposition, mais qu’en bout de ligne l’analyse des circonstances particulières et de la preuve dans chaque cas comporte une composante factuelle importante.

[212] To begin, it is worth noting that the list of types of harm in s. 20(1)(c) is disjunctive. It is sufficient for a third party to show that disclosure could reasonably be expected to result in any one of a financial loss or gain or in prejudice to the third party's competitive position. In other words, it is not necessary for the third party to show that the "prejudice" to his or her competitive position also results in "harm": see *Brookfield Lepage*, at paras. 9-10.

[213] That brings us to the types of harm alleged by Merck. I will discuss each one briefly. The submissions here focus on material that is not otherwise exempted because it is a trade secret or confidential commercial information which ought to be exempted under ss. 20(1)(a) and 20(1)(b). Putting aside what may be described as bald assertions, Merck has raised three types of harm: (i) facilitating a competitor's drug development with concomitant losses to Merck; (ii) facilitating a competitor's preparation of an NDS or an SNDS with concomitant losses to Merck; and (iii) giving an incorrect impression concerning Singulair®'s safety. I will briefly comment on each type of harm.

[214] I turn first to the evidence about how release of the pages in issue could cause harm to Merck by facilitating a competitor's new drug development process. In essence, the allegation is that the information could help a competitor bring its drug to market more quickly than it otherwise could and that this in turn would cause prejudice to Merck's competitive position. This point was advanced with respect to a number of types of information:

- Lists of references and cross-referencing: Merck maintains that this information provides a first screening of all articles available in the public domain and is therefore likely to facilitate the competitor's drug development program by identifying key elements

[212] Il convient tout d'abord de signaler que les types de préjudice énumérés à l'al. 20(1)c) sont présentés de façon disjonctive. Il suffit au tiers de démontrer que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou des profits financiers ou de nuire à sa compétitivité. Autrement dit, le tiers n'a pas à démontrer que l'« atteinte » à sa compétitivité cause également un « préjudice » : voir *Brookfield Lepage*, par. 9-10.

[213] Cela nous amène aux types de préjudice allégués par Merck. J'analyserai brièvement chacun d'entre eux. Cette partie des observations de Merck porte principalement sur des documents qui ne sont pas par ailleurs soustraits à la communication parce qu'ils contiennent un secret industriel ou des renseignements commerciaux de nature confidentielle qu'il faut soustraire à la divulgation en application des al. 20(1)a) et b). Mis à part ce que l'on peut qualifier d'affirmations sommaires, Merck a invoqué trois types de préjudice : (i) aider un concurrent à développer des drogues, ce qui lui fait subir des pertes; (ii) aider un concurrent à préparer une PDN ou une PSDN, ce qui lui fait subir des pertes; et (iii) donner une impression erronée quant à l'innocuité du Singulair®. Je commenterai succinctement chaque type de préjudice.

[214] Je traiterai d'abord de la preuve concernant le préjudice que la communication des pages en litige pourrait causer à Merck en aidant un concurrent à développer de nouvelles drogues. Merck allègue essentiellement que les renseignements pourraient aider un concurrent à mettre en marché ses drogues plus rapidement qu'il le ferait s'il ne disposait pas de ces renseignements, et que cela nuirait ainsi à sa compétitivité. Elle a présenté cet argument à l'égard de plusieurs types de renseignements :

- Listes de références et de renvois : Merck soutient que ces renseignements fournissent une analyse préalable de tous les articles faisant partie du domaine public et qu'ils pourraient donc vraisemblablement améliorer le programme de développement de drogues du

investigated, developed or used in the NDS or SNDS submission.

- Manufacturing information: information about how the product is manufactured will facilitate and accelerate the competitor's own drug production.
- Merck's responses to questions raised by Health Canada during the review process: this information alerts competitors as to what the issues are in registering this class of product. A competitor's advance knowledge of these issues would expedite its drug development and submission review, jeopardizing Merck's competitive position.
- Disclosure of some information would give a misleading impression of the product's safety and be exploited by competitors with resulting financial loss to Merck.

[215] I do not understand Health Canada to contest the proposition that manufacturing and other scientific information about the product which is not in the public domain may well be exempt from disclosure under either s. 20(1)(a) or (b). Health Canada maintains, rather, that information of that nature has been redacted from the records which it intends to disclose. For the reasons set out earlier, my view is that Merck's evidence does not effectively answer Health Canada's evidence on this point. I will therefore put to the side Merck's submissions that any such confidential manufacturing or scientific information which is not in the public domain remains in issue under s. 20(1)(c). The points to be resolved under s. 20(1)(c), therefore, are whether lists of references and cross-referenced published sources, or information about how the approval process unfolded, are exempted under s. 20(1)(c).

concurrent, car ils mentionnent les éléments clés qui ont fait l'objet d'études, ont été élaborés ou ont été utilisés dans le cadre de la PDN ou la PSDN.

- Renseignements sur la fabrication : les renseignements sur la fabrication du produit aideront le concurrent à fabriquer ses propres drogues et à le faire plus rapidement.
- Réponses de Merck aux questions posées par Santé Canada dans le cadre du processus d'examen : ces renseignements éveillent l'attention des concurrents sur les questions en jeu dans le cadre du processus d'approbation de cette catégorie de produit. Le concurrent qui connaît ces questions à l'avance pourrait développer des drogues et faire examiner ses présentations plus rapidement, ce qui compromettrait la compétitivité de Merck.
- La divulgation de certains renseignements donnerait une impression erronée quant à l'innocuité du produit et serait exploitée par les concurrents, ce qui causerait à Merck des pertes financières.

[215] Je ne crois pas que Santé Canada conteste l'argument que les renseignements sur la fabrication du produit et les autres renseignements scientifiques relatifs à ce dernier qui ne font pas partie du domaine public peuvent fort bien être soustraits à la divulgation en application des al. 20(1)(a) ou (b). Santé Canada maintient plutôt que les renseignements de cette nature ont été retranchés des documents qu'il entend communiquer. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que la preuve présentée par Merck ne réfute pas effectivement la preuve de Santé Canada à cet égard, et c'est pourquoi je ne m'attarderai pas à son argument suivant lequel il reste à savoir si tout renseignement de cette nature qui ne fait pas partie du domaine public est visé par l'al. 20(1)(c). La question à trancher en ce qui concerne l'al. 20(1)(c) est donc de savoir si les listes de référence et les renvois à des sources publiées ou renseignements sur la façon dont le processus d'approbation s'est déroulé sont soustraits à la communication en application de l'al. 20(1)(c).

[216] I turn then to Merck's submission that its compilations of published studies could allow a competitor to copy its work for the purposes of the competitor's own drug development or approval process, thereby prejudicing Merck's competitive position and causing it financial loss. There are three relevant general principles that need to be borne in mind in this regard.

[217] The first is that disclosure of general information such as dates, numbering and location of information within an NDS or the manner of its presentation generally does not give rise to the necessary expectation of harm or competitive prejudice. The same may be said about lists of studies or acknowledgement that certain studies which have been released to the public have been consulted. Of course, everything will turn on the evidence in the particular case.

[218] Second, knowledge that may be gleaned from the records about how the regulatory process works is, as Phelan J. succinctly put it in *AstraZeneca*, "not the type of information which section 20 is designed to exempt from disclosure" (para. 94). A purpose of access to information legislation is to make the workings of government more transparent. It would be contrary to this purpose to hold that disclosure of information about how the regulatory process works in general, or how it worked in a particular case, confers a competitive advantage or disadvantage.

[219] Third, disclosure of information, not already public, that is shown to give competitors a head start in developing competing products, or to give them a competitive advantage in future transactions may, in principle, meet the requirements of s. 20(1)(c). The evidence would have to convince the reviewing court that there is a direct link between the disclosure and the apprehended harm and that the harm could reasonably be expected to ensue from disclosure: see, e.g., *AB Hassle v. Canada (Minister*

[216] J'examinerai maintenant l'affirmation de Merck selon laquelle ses compilations d'études publiées pourraient permettre à un concurrent de s'inspirer de son travail pour les fins du développement ou du processus d'approbation de ses propres drogues, ce qui nuirait à sa compétitivité et lui causerait des pertes financières. À cet égard, il faut garder à l'esprit trois principes généraux pertinents.

[217] Premièrement, la divulgation de renseignements généraux tels que les dates, la numérotation et la partie de la PDN où se trouvent les renseignements ou, de façon générale, la façon dont cette dernière est présentée, ne suscite pas le risque nécessaire en matière de préjudice ou de perte de compétitivité. Cela vaut aussi pour les listes d'études ou la déclaration que certaines études rendues publiques ont été consultées. Bien entendu, tout dépendra de la preuve au dossier.

[218] Deuxièmement, comme l'a dit succinctement le juge Phelan dans *AstraZeneca*, les renseignements que l'on peut tirer des documents au sujet du fonctionnement du processus réglementaire « [ne sont] pas le genre de renseignements que l'article 20 est conçu pour soustraire à la divulgation » (par. 94). La législation en matière d'accès à l'information a notamment pour objet d'accroître la transparence des activités de l'administration. Or, il serait contraire à cet objet de juger que la divulgation de renseignements sur le fonctionnement du processus réglementaire en général ou son fonctionnement dans un cas particulier confère un avantage ou un désavantage concurrentiel.

[219] Troisièmement, la divulgation de renseignements qui n'ont pas déjà été rendus publics et dont on démontre la longueur d'avance qu'ils confèrent à la concurrence dans le développement de produits concurrents, ou l'avantage concurrentiel qu'ils offrent à cette dernière en ce qui concerne des opérations à venir, peut, en principe, satisfaire aux conditions prévues à l'al. 20(1)(c). La preuve doit convaincre la cour siégeant en révision qu'il existe un lien direct entre la divulgation des

of *National Health and Welfare*) (1998), 161 F.T.R. 15, at para. 42, aff'd [2000] 3 F.C. 360 (C.A.); *Wells v. Canada (Minister of Transport)* (1995), 103 F.T.R. 17, at para. 9; *Culver v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 1999 CanLII 8959 (F.C.T.D.), at para. 17; *Bitove Corp. v. Canada (Minister of Transport)* (1996), 119 F.T.R. 278 (F.C.T.D.), at para. 10; *Coradix Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2006 FC 1030, 307 F.T.R. 116, at para. 31; *Canada Post Corp. v. National Capital Commission*, 2002 FCT 700, 221 F.T.R. 56, at paras. 16-17; *Aventis Pasteur Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1371, 262 F.T.R. 73, at paras. 32-33; and *Prud'homme v. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302, at para. 7. Even if information taken in isolation may not seem to fall within the exemption, the information should nonetheless be examined in its entirety in order to determine the likely impact of its disclosure.

[220] I conclude that as a matter of principle, the disclosure of information that is not already in the public domain and that could give competitors a head start in product development, or which they could use to their competitive advantage, may be shown to give rise to a reasonable expectation of probable harm or prejudice to the third party's competitive position. The question here is whether Merck's evidence did so.

[221] The reviewing judge ruled against Merck on many of its claims for exemption under s. 20(1)(c) in both the NDS and the SNDS. Merck did not persuade the Federal Court of Appeal that he had erred in those rulings and it advances no document-specific submissions in this Court in relation to any of them. The only document-specific submissions by Merck before us relate to about 25 pages in the NDS to which the reviewing judge found that the

renseignements et le préjudice appréhendé et que la divulgation risque vraisemblablement de causer ce préjudice : voir, p. ex., *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 1998 CanLII 8942 (C.F., 1^{re} inst.), par. 42, conf. par [2000] 3 C.F. 360 (C.A.); *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. n^o 1447 (QL) (1^{re} inst.), par. 9; *Culver c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 1999 CanLII 8959 (C.F., 1^{re} inst.), par. 17; *Bitove Corp. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1996] A.C.F. n^o 1198 (QL) (1^{re} inst.), par. 10; *Coradix Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1030 (CanLII), par. 31; *Société canadienne des postes c. Commission de la capitale nationale*, 2002 CFPI 700 (CanLII), par. 16-17; *Aventis Pasteur Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1371 (CanLII), par. 32-33; et *Prud'homme c. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302, par. 7. Les renseignements qui, pris isolément, ne semblent pas tomber sous le coup de l'exception doivent néanmoins être examinés dans leur ensemble pour établir l'incidence qu'aurait vraisemblablement leur divulgation.

[220] Je conclus qu'en principe il est possible de démontrer que la divulgation de renseignements qui ne sont pas déjà du domaine public et qui pourraient donner aux concurrents une longueur d'avance dans le développement de produits, ou dont ces derniers pourraient se servir pour accroître leur compétitivité, suscite un risque vraisemblable de préjudice probable ou d'atteinte à la compétitivité du tiers. Il s'agit en l'espèce de savoir si la preuve présentée par Merck le démontre.

[221] Le juge siégeant en révision a donné tort à Merck relativement à plusieurs des cas où elle invoquait l'al. 20(1)(c) pour empêcher la communication de documents se rapportant à la PDN et d'autres ayant trait à la PSDN. Merck n'a pas convaincu la Cour d'appel fédérale que le juge avait fait erreur en agissant ainsi, et elle n'a présenté à notre Cour aucun argument visant un document précis à l'égard de l'un ou l'autre de ces cas. Les seules observations

s. 20(1)(c) exemption applied. That ruling was set aside by the Court of Appeal.

[222] Having reviewed Merck's submissions and the evidence referred to, my view is that the Federal Court of Appeal's appellate intervention was justified and that, in making its own assessment, it did not err in its disposition of these claims for exemption. Health Canada's evidence was to the effect that virtually all of the unredacted information on the pages in issue was in the public domain and it gave extensive and precise references to where the information could be publicly obtained. This evidence was largely unanswered by Merck and it did not provide evidence showing how the disclosure of the redacted form of the information could reasonably be expected to give rise to the harm and prejudice it claimed. I also reiterate here my conclusions in relation to s. 20(1)(b) as it applies to lists of studies.

[223] That leaves for consideration Merck's submission that release of some of the pages could give an inaccurate perception of the product's safety. Merck says that refusal to disclose this sort of information under s. 20(1)(c) is not problematic because proper information in proper context is provided in the Product Monograph. Moreover, there are reporting requirements relating to information where public safety is concerned and, in an appropriate case, the public interest override could be invoked to release such information even if it is found to be exempt under s. 20(1)(c), providing disclosure is in the public interest.

[224] I do not accept the principles inherent in these submissions. The courts have often — and rightly — been sceptical about claims that the public misunderstanding of disclosed information

visant des documents précis que nous a présentées Merck portent sur environ 25 pages de la PDN, qui, selon le juge, étaient visées par l'exception prévue à l'al. 20(1)(c). La Cour d'appel fédérale a annulé cette conclusion.

[222] Après avoir examiné les arguments de Merck et la preuve qui a été invoquée, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était justifiée et que celle-ci n'a pas commis d'erreur en faisant sa propre appréciation lorsqu'elle a statué sur ces demandes d'application d'exceptions. Selon la preuve produite par Santé Canada, la quasi-totalité des renseignements qui n'ont pas été retranchés des pages en litige faisait partie du domaine public. De plus, Santé Canada a énuméré de façon précise un très grand nombre d'endroits où le public pouvait obtenir ces renseignements. Merck n'a pas réfuté la majeure partie de cette preuve, et elle n'a produit aucun élément de preuve démontrant en quoi la divulgation des renseignements sous leur forme expurgée risquait vraisemblablement de causer le préjudice qu'elle invoquait. Les conclusions que j'ai tirées concernant l'application de l'al. 20(1)(b) aux listes d'études s'appliquent également dans le présent contexte.

[223] Il reste à examiner l'argument de Merck que la communication de certaines des pages pourrait donner une impression erronée quant à l'innocuité du produit. Selon Merck, le refus de divulguer les renseignements de ce genre en application de l'al. 20(1)(c) ne pose pas problème étant donné que la monographie de produit fournit les bons renseignements dans un contexte approprié. En outre, il y a des exigences à respecter en matière de présentation des renseignements qui touchent à la sécurité publique et, dans les cas qui s'y prêtent, on peut invoquer la dérogation en matière d'intérêt public pour divulguer de tels renseignements même s'il est conclu qu'ils sont soustraits à la communication en application de l'al. 20(1)(c), à condition qu'il soit dans l'intérêt public de le faire.

[224] Je ne souscris pas aux principes qui sous-tendent ces arguments. Les tribunaux ont souvent — et avec raison — accueilli avec scepticisme les allégations que la mauvaise compréhension, par

will inflict harm on the third party: see, e.g., *Air Atonabee*, at pp. 280-81; *Canada Packers*, at pp. 64-65; *Coopérative fédérée du Québec v. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205, at paras. 9-15. If taken too far, refusing to disclose for fear of public misunderstanding would undermine the fundamental purpose of access to information legislation. The point is to give the public access to information so that they can evaluate it for themselves, not to protect them from having it. In my view, it would be quite an unusual case in which this sort of claim for exemption could succeed.

[225] It is particularly important to allow broad access to this sort of information in the context of the pharmaceutical industry. As the respondent points out, Health Canada systematically posts on its website reports about undesirable effects of all drugs sold in Canada. In addition, the *Food and Drug Regulations* require pharmaceutical companies to report adverse reactions of their drugs to Health Canada (s. C.01.017). Information about those reactions is publicly available. It is therefore difficult to see how release of such reports through an access to information request could result in harm to the third party.

[226] Merck has not persuaded me that it established the grounds for a s. 20(1)(c) exemption for documents of this nature.

[227] To conclude on s. 20(1)(c), Merck has not shown that the Federal Court of Appeal erred in the principles it applied or how it applied them.

(5) Conclusion With Respect to Section 20(1) Exemptions

[228] In my view, Merck has not shown that any of the pages in issue, as redacted, contain any information exempted under s. 20(1)(a), (b) or (c).

le public, des renseignements divulgués sera préjudiciable au tiers : voir, p. ex., *Air Atonabee*, par. 57-61; *Canada Packers*, p. 64-65; *Coopérative fédérée du Québec c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205, par. 9-15. Refuser trop facilement de divulguer des renseignements par crainte que le public les comprenne mal compromettrait l'objet fondamental de la législation en matière d'accès à l'information. Il s'agit de permettre aux membres du public de prendre connaissance des renseignements pour qu'ils puissent eux-mêmes les apprécier, et non de les empêcher de les obtenir. À mon avis, une exception ne pourrait être invoquée avec succès sur la base d'un tel argument que dans une situation assez exceptionnelle.

[225] Il est particulièrement important de donner un accès étendu à de tels renseignements dans le contexte de l'industrie pharmaceutique. Comme le souligne l'intimé, Santé Canada publie systématiquement sur son site Web des rapports au sujet des effets indésirables de toutes les drogues vendues au Canada. De plus, le *Règlement sur les aliments et drogues* exige des sociétés pharmaceutiques qu'elles signalent à Santé Canada les réactions indésirables à leurs drogues (art. C.01.017). Les renseignements sur ces réactions sont accessibles au public. Il est donc difficile de concevoir comment la communication de ces rapports en réponse à une demande d'accès à l'information pourrait causer préjudice au tiers.

[226] Merck ne m'a pas convaincu qu'elle a établi les motifs justifiant l'application de l'exception prévue à l'al. 20(1)c) aux documents de cette nature.

[227] Pour clore sur l'al. 20(1)c), Merck n'a pas établi que la Cour d'appel fédérale a omis d'appliquer les bons principes ou encore qu'elle a commis une erreur en appliquant les principes pertinents.

(5) Conclusion sur les exceptions prévues au par. 20(1)

[228] À mon avis, Merck n'a pas démontré que l'une ou l'autre des pages en litige sous leur forme expurgée contient un quelconque renseignement soustrait à la divulgation en application des al. 20(1)a), b) ou c).

C. *Severance of the Record Under Section 25 of the Act*

[229] When heads of government institutions determine that a requested record contains exempted information in respect of which they are authorized to refuse disclosure, they must go on to consider the issue of severance. By virtue of s. 25 of the Act, they are required to disclose any part of the record that does not contain such exempted information and which can reasonably be severed from any part that does contain exempted information. Section 25 reads:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

[230] In this case, the reviewing judge found entire pages were exempt that the institutional head had decided could be disclosed with exempted material redacted. The Court of Appeal found the judge had erred in this regard and Merck challenges that conclusion.

[231] In both the NDS and SNDS files, the reviewing judge found that, apart from a few instances in which he noted specific passages could be redacted, the entirety of all the other pages contained exempted information and should not be disclosed. He held in both the NDS and SNDS files that “it would be extremely difficult to isolate the information that should not be disclosed”: see Beaudry J., at para. 114 (2006 FC 1200); see also, Beaudry J., at para. 108 (2006 FC 1201). With respect to the NDS decision (2006 FC 1201), at para. 108, I believe the judge’s reference to examples was intended to be to para. 106 rather than to para. 107. The judge did not set out the applicable

C. *Renseignements prélevés en application de l’art. 25 de la Loi*

[229] Le responsable d’une institution fédérale qui décide que le document demandé contient des renseignements dont il peut refuser la divulgation doit ensuite se pencher sur la question du prélèvement. L’article 25 de la Loi l’oblige à communiquer les parties du document dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Voici le texte de l’art. 25 :

25. Le responsable d’une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s’autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d’en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

[230] En l’espèce, le juge siégeant en révision a confirmé que des pages entières étaient visées par l’une ou l’autre des exceptions, pages qui, selon le responsable de l’institution, pouvaient être communiquées après que les renseignements soustraits à la divulgation en eurent été retranchés. La Cour d’appel fédérale en est venue à la conclusion que le juge s’était trompé à cet égard, et Merck conteste celle-ci.

[231] Le juge siégeant en révision a conclu, tant dans le dossier de la PDN que dans celui de la PSDN, que, mis à part quelques cas où il a relevé des passages précis à retrancher, toutes les autres pages contenaient des renseignements soustraits à la divulgation et ne devaient pas être communiquées. Il a conclu, relativement à l’un et l’autre dossier, qu’« il [. . .] paraît sérieusement problématique d[e] séparer [de ces pages] les renseignements dont la communication devrait être refusée » : voir les motifs du juge Beaudry au par. 114 (2006 CF 1200); voir aussi ses motifs au par. 108 (2006 CF 1201). En ce qui concerne la décision relative au dossier de la PDN (2006 CF 1201),

legal principles or indicate how they applied in the circumstances.

[232] The Court of Appeal found fault with the reviewing judge's decision on two grounds. The Court of Appeal faulted the reviewing judge for substituting his discretion for that of the institutional head with respect to s. 25 (para. 104). I respectfully do not agree with the Court of Appeal on this point. As Merck submits, on the s. 44 review, it was the role of the reviewing judge to review the disclosure decision of the institutional head and to determine whether that decision was in accordance with the Act. It follows that the Court of Appeal was in error to the extent it faulted the judge for having "substituted" his view for that of the institutional head. The reviewing judge was required to consider whether the institutional head had properly applied s. 25.

[233] The second error identified by the Court of Appeal was that the reviewing judge failed to explain why the non-exempt material could not reasonably be severed and disclosed. Here, in my view, the Court of Appeal was on firm ground. The reviewing judge did not explain why it would be "extremely difficult" to sever and disclose the non-exempt information. In the absence of any explanation from the reviewing judge (and none being apparent from his reasons read in the context of the whole record), the Court of Appeal was obliged to intervene.

[234] Additionally, in this Court, Merck did not provide any submissions as to why the non-exempt material could not reasonably be severed. In other words, it did not offer submissions in defence of the substance of the reviewing judge's decision. In

je crois que les exemples auxquels renvoie le juge au par. 108 de ses motifs étaient censés être ceux qui figurent au par. 106 plutôt qu'au par. 107. Le juge n'a ni énoncé les principes juridiques applicables, ni précisé en quoi ils s'appliquaient en l'espèce.

[232] La Cour d'appel fédérale a critiqué la décision du juge siégeant en révision à deux égards. D'abord, elle lui a reproché d'avoir substitué son pouvoir discrétionnaire à celui du responsable de l'institution pour ce qui est de l'art. 25 (par. 104). En toute déférence, je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel fédérale sur ce point. Comme le soutient Merck, dans le cadre du recours en révision prévu à l'art. 44, il appartenait au juge siégeant en révision de contrôler la décision du responsable de l'institution en matière de divulgation et d'établir si cette décision était conforme à la Loi. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur dans la mesure où elle a reproché au juge d'avoir « substitué » son avis à celui du responsable de l'institution. Le juge siégeant en révision était tenu de décider si le responsable de l'institution avait appliqué correctement l'art. 25.

[233] Ensuite, la Cour d'appel fédérale a reproché au juge siégeant en révision de ne pas avoir expliqué pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés et divulgués sans que cela ne pose de problèmes sérieux. Sur ce point, il ne fait aucun doute, à mon avis, que la Cour d'appel fédérale a raison. En effet, le juge siégeant en révision n'a pas expliqué pourquoi il paraissait « sérieusement problématique » de prélever et de divulguer les renseignements non soustraits à la divulgation. En l'absence de toute explication de la part du juge siégeant en révision (d'ailleurs, aucune explication ne ressort de ses motifs lorsqu'on les interprète eu égard à l'ensemble du dossier), la Cour d'appel fédérale se devait d'intervenir.

[234] De plus, Merck n'a présenté à notre Cour aucun argument expliquant pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés sans que cela ne pose de problèmes sérieux. En d'autres termes, elle n'a avancé

the absence of such submissions, and in light of my conclusion that appellate intervention was justified, I would uphold the Court of Appeal's decision setting aside the reviewing judge's decision in relation to s. 25.

[235] It will be helpful, however, to reiterate some of the key principles in relation to s. 25.

[236] To begin, it is important to recognize that applying s. 25 is mandatory, not discretionary. The section directs that the institutional head "shall [not 'may'] disclose any part of the record that does not contain" exempted information, provided it can reasonably be severed: see *Dagg*, at para. 80. Thus, the institutional head has a duty to ensure compliance with s. 25 and to undertake a severance analysis wherever information is found to be exempt from disclosure.

[237] The heart of the s. 25 exercise is determining when material subject to the disclosure obligation "can reasonably be severed" from exempt material. In my view, this involves both a semantic and a cost-benefit analysis. The semantic analysis is concerned with whether what is left after excising exempted material has any meaning. If it does not, then the severance is not reasonable. As the Federal Court of Appeal put it in *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*, 2007 FCA 289, 368 N.R. 279, at para. 7, "those parts which are not exempt continue to be subject to disclosure if disclosure is meaningful". The cost-benefit analysis considers whether the effort of redaction by the government institution is justified by the benefits of severing and disclosing the remaining information. Even where the severed text is not completely devoid of meaning, severance will be reasonable only if disclosure of the unexcised portions of the record would reasonably fulfill the purposes of the Act. Where severance leaves only "[d]isconnected snippets of releasable information", disclosure of

aucun argument pour défendre le bien-fondé de la décision du juge siégeant en révision. Faute de tels arguments, et vu ma conclusion que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était justifiée, je suis d'avis de confirmer la décision de celle-ci annulant la décision du juge siégeant en révision relativement à l'art. 25.

[235] Il est cependant utile de répéter certains des principes clés applicables en ce qui concerne l'art. 25.

[236] Pour commencer, il importe de reconnaître que l'application de l'art. 25 est obligatoire, et non discrétionnaire. Selon cet article, le responsable de l'institution « est [. . .] tenu [de] communiquer [et non "peut" communiquer] les parties [du document] dépourvues » des renseignements soustraits à la divulgation, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux : voir *Dagg*, par. 80. Le responsable de l'institution a donc l'obligation de veiller au respect de l'art. 25 et de se pencher sur la question du prélèvement s'il est conclu que certains renseignements sont soustraits à la divulgation.

[237] Selon l'art. 25, il faut essentiellement relever les parties du document soustrait à la communication qui peuvent, elles, être communiquées et dont « le prélèvement [. . .] ne pose pas de problèmes sérieux ». J'estime que cet exercice comporte une analyse sémantique ainsi qu'une analyse des coûts et des avantages. D'une part, l'analyse sémantique vise à établir si ce qu'il reste après que les renseignements soustraits à la divulgation ont été retranchés du document en cause a un sens. Dans la négative, il n'est pas raisonnable de procéder au prélèvement. Comme l'a dit la Cour d'appel fédérale dans *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2007 CAF 289 (CanLII), au par. 7, « les passages qui ne sont pas protégés doivent toujours être communiqués si cela est utile ». D'autre part, l'analyse des coûts et des avantages sert à déterminer si les avantages qu'il y a à prélever et divulguer les renseignements restants à la suite du processus d'expurgation justifient les efforts déployés par l'institution fédérale en vue d'expurger le document en cause. Même si le texte prélevé n'est pas

that type of information does not fulfill the purpose of the Act and severance is not reasonable: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at pp. 558-59; *SNC-Lavalin Inc.*, at para. 48. As Jerome A.C.J. put it in *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.):

To attempt to comply with section 25 would result in the release of an entirely blacked-out document with, at most, two or three lines showing. Without the context of the rest of the statement, such information would be worthless. The effort such severance would require on the part of the Department is not reasonably proportionate to the quality of access it would provide. [Emphasis added; pp. 160-61.]

[238] That said, one must not lose sight of the purpose of s. 25. It aims to facilitate access to the most information reasonably possible while giving effect to the limited and specific exemptions set out in the Act: *Ontario (Public Safety and Security)*, at para. 67.

[239] Section 25 must also be considered in relation to the question of giving notice to a third party under s. 27. As I discussed earlier, notice is required whenever the institutional head forms the intention to release information that he or she believes might be exempt, including severed material under s. 25. I am also of the view that the institutional head is obliged to do his or her best to apply s. 25 before giving notice and should indicate to the third party what redactions will be made as a result of the institutional head's initial review. I note that the notice provision in s. 27(3)(a) and (b) refers to the institutional head giving notice of the intention to release "a record or a part thereof" and providing the third party with "a description of the contents of the record or part thereof" that may relate to the third party. This suggests that the institutional

complètement dénué de sens, le prélèvement n'est raisonnable que si la divulgation des passages du document n'ayant pas été retranchés remplissait raisonnablement les objectifs de la Loi. Dans les cas où il ne reste que « [d]es bribes de renseignements pouvant être divulgués » à la suite du prélèvement, la divulgation de ces renseignements ne remplit pas l'objet de la Loi, et le prélèvement n'est pas raisonnable : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1^{re} inst.), p. 558-559; *SNC-Lavalin Inc.*, par. 48. Comme l'a dit le juge en chef adjoint Jerome dans *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143 (1^{re} inst.) :

Si l'on se conformait à l'article 25, il en résulterait la communication d'un document complètement censuré, laissant voir tout au plus deux ou trois lignes. Sorties de leur contexte, ces informations seraient inutiles. Le travail de prélèvement nécessaire de la part du Ministère n'est pas raisonnablement proportionné à la qualité de l'accès qui s'ensuivrait. [Je souligne; p. 160-161.]

[238] Cela dit, il ne faut pas perdre de vue l'objet de l'art. 25, qui vise à faciliter l'accès au plus de renseignements possible tout en donnant effet aux exceptions précises et limitées prévues à la Loi : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique)*, par. 67.

[239] Il faut aussi tenir compte de l'art. 25 dans le contexte de l'avis à donner au tiers en application de l'art. 27. Comme je l'ai déjà mentionné, le responsable de l'institution qui a l'intention de divulguer des renseignements qui, selon lui, pourraient être soustraits à la divulgation, y compris des renseignements prélevés conformément à l'art. 25, doit donner au tiers intéressé un avis de son intention. J'estime également que le responsable de l'institution doit faire de son mieux pour appliquer l'art. 25 avant de donner l'avis au tiers et qu'il lui incombe d'informer ce dernier des passages qui seront retranchés à la suite de son examen initial. Je souligne que, selon les dispositions en matière d'avis prévues aux al. 27(3)a) et b), le responsable de l'institution donne au tiers intéressé avis de son intention de donner communication « totale ou partielle [d'un]

head is to make an effort to apply s. 25 at the notice stage.

[240] Of course, the institutional head can only proceed on the basis of the information reasonably available. But consistent with the thresholds for notice which I set out earlier, the institutional head should identify the records he or she has determined clearly fall within the s. 20(1) exemptions and, having done so, go on to determine under s. 25 what information must be disclosed because it can reasonably be severed from the exempt material.

[241] For the reasons set out earlier, I would affirm the Federal Court of Appeal's disposition of the s. 25 issue.

IV. Disposition

[242] I would dismiss the appeals with costs.

The reasons of Deschamps, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[243] DESCHAMPS J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Cromwell J. I agree with his approach to the issue of notice. The head of the institution must review all the relevant material before him or her and can disclose information without notice only if there is clearly no reason to believe that the record might contain exempt information. I also agree with my colleague that, on the issue of the standard of proof, the Court of Appeal erred in imposing a standard higher than that of proof on a balance of probabilities.

[244] However, in my view, the Federal Court's judgments (2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241, and

document » et fournit à ce dernier « la désignation du contenu total ou partiel du document » susceptible de le concerner, ce qui donne à penser que le responsable de l'institution doit s'efforcer d'appliquer l'art. 25 au stade de l'avis.

[240] Bien entendu, le responsable de l'institution ne peut agir qu'en se fondant sur les renseignements qu'il peut raisonnablement obtenir. Toutefois, conformément au seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis, que j'ai décrit précédemment, le responsable de l'institution doit relever les documents qui, selon lui, sont clairement visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1), et, une fois cette tâche accomplie, décider, en application de l'art. 25, quels renseignements il doit divulguer parce qu'ils constituent des parties du document soustrait à la communication qui peuvent être prélevées sans poser de problèmes sérieux.

[241] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale relativement à l'art. 25.

IV. Dispositif

[242] Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

Version française des motifs des juges Deschamps, Abella et Rothstein rendus par

[243] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Cromwell. Je souscris à sa façon d'aborder la question du préavis. Le responsable de l'institution doit analyser tous les documents pertinents dont il dispose et il ne peut divulguer de renseignements sans donner de préavis que s'il n'y a manifestement aucune raison de croire que le document visé est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. Par ailleurs, en ce qui concerne la question de la norme de preuve, je suis d'accord avec mon collègue que la Cour d'appel a commis une erreur en imposant une norme de preuve plus exigeante que celle de la prépondérance des probabilités.

[244] Toutefois, selon moi, les jugements de la Cour fédérale (2006 CF 1200, 301 F.T.R. 241, et

2006 FC 1201 (CanLII)) do not contain a palpable and overriding error that would justify this Court's intervention. I would restore the findings of the Federal Court, subject to any agreements the parties may have concluded since its judgments were rendered.

A. Appellate Review

[245] Although my colleague indicates at para. 54 that appellate review is governed by *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, his subsequent analysis does not, in my opinion, comport with the principles established in that case. My colleague agrees with the approach of the Federal Court of Appeal, which found that the reviewing judge had not explained in sufficient detail how he came to his conclusions (2009 FCA 166, 400 N.R. 1). Cromwell J. endorses that court's conclusions despite finding that it both applied the wrong standard of proof and inappropriately characterized the definition of "trade secrets" as a restrictive one.

[246] Turning to the Federal Court's judgments, my colleague faults the reviewing judge for failing "either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both" (para. 55). I cannot accept the requirements my colleague's approach imposes on trial judges or the message it sends to the legal community. The rule from *Housen* is that an appellate court must defer to a trial judge's findings on questions of fact as well as on questions of mixed fact and law. The standard to be applied on such questions is that of a "palpable and overriding error". Deferring to trial judges' findings where it is appropriate to do so ensures that judicial resources are used efficiently, enhances access to justice and is consistent with the institutional role of the appellate court.

2006 CF 1201 (CanLII)) ne contiennent aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait l'intervention de la Cour. Je suis d'avis de rétablir les conclusions de la Cour fédérale, sous réserve de toute entente que les parties peuvent avoir conclue depuis que les jugements ont été rendus.

A. Révision en appel

[245] Bien que mon collègue mentionne au par. 54 que la révision en appel est régie par *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, son analyse ultérieure ne respecte pas, selon moi, les principes établis dans cet arrêt. Mon collègue souscrit à la démarche adoptée par la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que le juge siégeant en révision n'a pas expliqué de manière suffisamment détaillée comment il était arrivé à ses conclusions (2009 CAF 166 (CanLII)). Le juge Cromwell est d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel fédérale bien qu'il ait conclu qu'elle a à la fois appliqué la mauvaise norme de preuve et considéré à tort que la définition de « secrets industriels » est de nature restrictive.

[246] En ce qui concerne les jugements de la Cour fédérale, mon collègue reproche au juge siégeant en révision d'avoir omis « soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce », ajoutant que « dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre » (par. 55). Je m'oppose aux exigences que la démarche de mon collègue impose aux juges de première instance et au message qu'elle transmet à la communauté juridique. Selon *Housen*, les cours d'appel doivent faire preuve de respect envers les conclusions tirées par les juges de première instance tant à l'égard des questions de fait que des questions mixtes de fait et de droit. La norme qu'il convient d'appliquer à ces questions est celle de l'« erreur manifeste et dominante ». Faire preuve de respect envers les conclusions des juges de première instance, lorsqu'il y a lieu, permet une utilisation efficace des ressources judiciaires, facilite l'accès à la justice et correspond au rôle institutionnel des cours d'appel.

[247] It must be noted that although the Federal Court is being asked to review an administrative decision, one made by Health Canada in this case, the process is atypical in the sense that it differs from the one that applies to the review of most administrative decisions. The latter process — and the question of which standards ought to govern it — has occupied the forefront of administrative law in the past decade. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court sought to bring clarity to this issue in the context of the first level of review. In the “classic” process, appellate review consists in verifying whether the court at the first level of review has correctly applied the standard in reviewing the administrative decision. What this means in practice is that in “step[ping] into the shoes” of the lower court, an appellate court’s focus is, in effect, on the *administrative* decision (*Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, at para. 14; *Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 SCC 77, [2005] 3 S.C.R. 645, at para. 30).

[248] There are exceptions to this classic process. Under s. 44 of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“ATIA”), the appeal court’s focus is on the reviewing judge’s findings, and the rule from *Housen* applies to *that court’s* decision (*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission)*, 2007 FCA 272, [2008] 2 F.C.R. 509, at paras. 8, 9 and 72; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 300 N.R. 179, at paras. 4-5; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Health)*, 2002 FCA 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)*, 2007 FCA 397, 77 Admin. L.R. (4th) 1, at paras. 2, 3 and 7).

[249] The peculiarities of the review process provided for in s. 44 ATIA explain this distinctiveness. The scheme of the ATIA reveals that Parliament intended to set up an independent review process — a function which is not fulfilled by the

[247] Il convient de souligner que même si la Cour fédérale est appelée à réviser une décision administrative, celle prise par Santé Canada en l’espèce, le processus est atypique en ce sens qu’il diffère de la démarche à suivre pour réviser la plupart des décisions administratives. Cette dernière démarche — de même que la question de savoir quelles normes devraient la régir — a été au tout premier rang du droit administratif au cours de la dernière décennie. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a cherché à clarifier la question dans le contexte de la révision de premier niveau. Suivant la démarche « classique », la révision en appel consiste à vérifier si le tribunal de révision de premier niveau a correctement appliqué la norme en examinant la décision administrative. Cela signifie en pratique qu’en se « met[tant] à la place » du tribunal d’instance inférieure la cour d’appel se concentre effectivement sur la décision *administrative* (*Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, par. 14; *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645, par. 30).

[248] Il existe des exceptions à cette démarche classique. La révision que fait une cour d’appel dans le cadre de l’art. 44 de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« LAI »), est axée sur les conclusions du juge siégeant en révision, et la règle de *Housen* s’applique à la décision de *cette cour-là* (*Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)*, 2007 CAF 272, [2008] 2 R.C.F. 509, par. 8, 9 et 72; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37 (CanLII), par. 4-5; *Merck Frosst Canada Ltée. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, 2002 CAF 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, 2007 CAF 397 (CanLII), par. 2, 3 et 7).

[249] Les caractéristiques du processus de révision de l’art. 44 de la LAI expliquent cette particularité. Il ressort du régime prévu par la LAI que l’intention du législateur était d’établir un processus de révision indépendant — une fonction qui

head of the institution (*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421, at para. 36). Furthermore, the federal Information Commissioner, unlike his or her Ontario and Quebec counterparts (*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31; *Act respecting access to documents held by public bodies and the Protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1), has no adjudicatory powers and can only make recommendations. The role of the head of the federal institution is as much that of a party as that of a decision maker. The institution's opinion on the obligation to disclose or refuse to disclose is no more authoritative than that of other interested parties (*Canadian Imperial Bank of Commerce*, at para. 63).

[250] The Federal Court judge is thus the first impartial gatekeeper a party seeking disclosure (ss. 41 or 42 *ATIA*) or objecting to it (s. 44 *ATIA*) can turn to. By the time the matter reaches that court, the content of the file will often have evolved (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.)). The Federal Court reviews the evidence, which can be extensive. New evidence may be filed and cross-examinations may be conducted, as in the case at bar (ss. 45 and 46 *ATIA*; *Air Atonabee*, at pp. 264-66). The Federal Court may hear new arguments if necessary. The judge makes his or her own findings and draws inferences on the basis of the information in the court's record at that time. The judge may order any remedies he or she considers appropriate (ss. 50 and 51 *ATIA*).

[251] In sum, the judge does *not* conduct the kind of review that is usually conducted in an administrative law context. The Federal Court's task, in essence, is to start afresh and assess the issue *de novo*. This is akin to the role of a trial court. For this reason, the appellate court's role is to review the reviewing judge's decision, not that of the Commissioner or the head of the institution. The appellate court's role may be different in instances in which the decision of the head of the institution

n'est pas exercée par le responsable de l'institution (*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421, par. 36). De plus, le commissaire fédéral à l'information n'a aucun pouvoir décisionnel et il ne peut faire que des recommandations, ce qui le distingue de ses homologues ontariens et québécois (*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1). Le responsable de l'institution fédérale agit autant à titre de partie que de décideur. L'opinion de l'institution sur l'obligation de refuser ou de permettre la divulgation n'a pas plus de poids que celle d'autres parties intéressées (*Banque Canadienne Impériale de Commerce*, par. 63).

[250] Le juge de la Cour fédérale est donc le premier décideur impartial à qui une partie qui sollicite la divulgation (art. 41 ou 42 de la *LAI*) ou une partie qui s'y oppose (art. 44 de la *LAI*) peut s'adresser. Il arrive souvent qu'au moment où cette cour est saisie de l'affaire le dossier aura évolué (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL) (1^{re} inst.)). La Cour fédérale examine la preuve, qui peut être abondante. De nouveaux éléments de preuve peuvent être déposés et des contre-interrogatoires peuvent avoir lieu, comme cela s'est produit en l'espèce (art. 45 et 46 de la *LAI*; *Air Atonabee*, par. 27-31). La Cour fédérale peut entendre de nouveaux arguments au besoin. Le juge prononce ses propres conclusions et fait ses propres inférences sur la base du dossier tel qu'il existe à ce moment-là. Il peut ordonner les réparations qu'il estime indiquées (art. 50 et 51 de la *LAI*).

[251] En résumé, le juge *ne fait pas* le genre d'examen que l'on voit habituellement dans un contexte de droit administratif. La Cour fédérale reprend essentiellement l'affaire depuis le début pour faire un nouvel examen de la question en litige, ce qui s'apparente à ce que fait une cour de première instance. Pour cette raison, la révision que fait la cour d'appel porte sur la décision du juge siégeant en révision plutôt que sur celle du commissaire à l'information ou du responsable de l'institution. Dans

is discretionary by law, but such instances are irrelevant to the case at bar.

B. Did the Federal Court Make a Palpable and Overriding Error in This Case?

[252] In *Housen*, at para. 1, Iacobucci and Major JJ. described the “palpable and overriding error” standard as follows:

A proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge’s reasons unless there is a palpable and overriding error. The same proposition is sometimes stated as prohibiting an appellate court from reviewing a trial judge’s decision if there was some evidence upon which he or she could have relied to reach that conclusion. [Emphasis added.]

[253] They aptly explained at para. 3 what this means for an appellate court by quoting from *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204:

The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

And, as they soundly observed at para. 4: “While the theory [just described] has acceptance, consistency in its application is missing.”

[254] In the case at bar, Beaudry J.’s findings on the exemptions are fact-based or bear on questions of mixed fact and law, so deference is owed to them. There was “some evidence upon which he . . . could have relied” to reach his conclusions. No palpable and overriding error can be found in his judgments. Consequently, the Federal Court of Appeal erred in retrying the case.

[255] Unlike the Federal Court of Appeal, Beaudry J. applied the correct standard, that of proof on a balance of probabilities. He mentioned it

les cas où la loi prévoit que la décision du responsable de l’institution est discrétionnaire, le rôle de la cour d’appel peut être différent, mais ces cas ne nous intéressent pas ici.

B. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante en l’espèce?

[252] Dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major ont décrit comme suit l’« erreur manifeste et dominante », au par. 1 :

Il va sans dire qu’une cour d’appel ne devrait modifier les conclusions d’un juge de première instance qu’en cas d’erreur manifeste et dominante. On reformule parfois cette proposition en disant qu’une cour d’appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans les cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision. [Je souligne.]

[253] Ils ont bien expliqué, au par. 3, les conséquences que cela comporte pour les cours d’appel en citant *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204 :

[TRADUCTION] La cour d’appel ne doit pas juger l’affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu’elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

Et c’est à juste titre qu’ils ont fait la remarque suivante, au par. 4 : « Quoique cette théorie soit généralement acceptée, elle n’est pas appliquée de manière systématique. »

[254] En l’espèce, les conclusions du juge Beaudry relativement aux exceptions reposent sur les faits ou portent sur des questions mixtes de fait et de droit, et il faut donc faire preuve de déférence à leur égard. Il existait « des éléments de preuve qui pouvaient étayer » ses conclusions. Par ailleurs, ses jugements ne comportent aucune erreur manifeste et dominante. Par conséquent, la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en jugeant de nouveau l’affaire.

[255] Contrairement à la Cour d’appel fédérale, le juge Beaudry a appliqué la bonne norme de preuve, à savoir la prépondérance des probabilités. Il en a fait

once in each of his sets of reasons. He did not need to refer to it each time he considered a different argument. It is clear that he was mindful of all the submissions made by the parties, including Health Canada's arguments that Merck Frosst Canada Ltd.'s representations were insufficiently specific and that Merck had not discharged its burden of showing that disclosure should be refused. Though his reasons could have been more explicit, a judge is not required to explain every conclusion in detail for reasons to be considered sufficient. Moreover, he referred in his judgments to the evidence and to tables filed by the parties. The tables summarized the parties' evidence for each page or group of pages. Beaudry J. even appended the tables to his judgments. For each exemption category, he reached a decision that he supported by referring to the tables. It is clear from other tables the parties filed jointly with this Court (Joint Record of Pages in Issue) in which the pages at issue are indicated that he did not mechanically endorse the position of either Merck or Health Canada. While one may disagree with the result, Beaudry J.'s conclusions can easily be explained by referring both to his reasons and to the parties' submissions.

[256] There is, at first glance, a difficulty related to the evidence: prior to the hearing before Beaudry J., Health Canada responded to Merck's last affidavit by redacting additional information, but Merck chose to proceed without responding to these redactions. Merck took the position that the information in the court's record was sufficient and that it was not obliged to respond further. Its stance opens the door to the argument that the evidence it adduced did not respond to changes to the court's record.

[257] My colleague accepts Health Canada's submissions and enters into the fray, arguing that one page or another illustrates the vacuity of Merck's position and that Beaudry J. erred in this regard.

mention une fois dans chaque exposé de ses motifs. Il n'avait pas à mentionner cette norme chaque fois qu'il examinait un argument. Il a clairement tenu compte de l'ensemble des arguments des parties, y compris ceux de Santé Canada, qui a avancé que les observations de Merck Frosst Canada Ltée n'étaient pas assez précises et que cette dernière ne s'était pas acquittée de son fardeau de démontrer que la divulgation devrait être refusée. Ses motifs auraient certes pu être plus explicites. Cela dit, il n'est pas nécessaire que les motifs d'un juge expliquent en détail chaque conclusion pour être suffisants. De plus, il a fait référence, dans ses jugements, à la preuve et aux tableaux produits par les parties. Les tableaux résumaient la preuve des parties relativement à chaque page ou groupe de pages. Le juge Beaudry a même joint les tableaux à ses jugements. Pour chaque catégorie d'exception, il a rendu une décision qu'il a étayée en faisant référence aux tableaux. Il ressort clairement des autres tableaux que les parties ont déposés conjointement devant la Cour (dossier conjoint sur les pages en litige) et dans lesquels les pages en litige sont mentionnées qu'il n'a pas adopté inconditionnellement le point de vue de Merck ou celui de Santé Canada. Quelqu'un peut être en désaccord avec le résultat, mais il n'en demeure pas moins qu'on peut facilement expliquer les conclusions du juge Beaudry en faisant référence tant à ses motifs qu'aux observations des parties.

[256] À première vue, une difficulté liée à la preuve est le fait que, avant de comparaître devant le juge Beaudry, Santé Canada a caviardé des passages additionnels en réponse au dernier affidavit de Merck, mais que celle-ci a choisi d'aller de l'avant sans répondre à ces caviardages. Merck a avancé que les renseignements contenus dans le dossier de la cour étaient suffisants et qu'elle n'était pas tenue d'y répondre davantage. Sa position ouvre la porte à l'argument que la preuve qu'elle a produite ne répondait pas au dossier de la cour tel qu'il avait évolué.

[257] Mon collègue accepte les observations de Santé Canada et s'imisce dans le débat, faisant valoir que telle ou telle page fait ressortir la vacuité de la position de Merck et que le juge Beaudry

Health Canada points to one page (p. 470 of the pages in issue in the New Drug Submission file) from which all confidential information was redacted, but that nevertheless found its way onto the list of hundreds of documents which Beaudry J. found to be exempt. In my view, this minor error does not justify this Court's intervention, especially since it was rectified before we heard the case. The page in question is not at issue. With respect to other documents, still at issue, that were redacted to either a limited or a significant extent but were found to be exempt, the extent of the redaction should not be determinative in and of itself. Where information is highly technical — as is the case here — it may mean little to a non-expert but be of significance to a competitor who can “connect the dots” (in the words of Harrington J. in the first review conducted in this case (2004 FC 959, [2005] 1 F.C.R. 587)). Information that is superficially benign because its significance is lost on the person conducting the review can cause harm if disclosed. My colleague's review lacks the insight the reviewing judge gained in the four days the latter spent hearing the case.

[258] Beaudry J. heard all the parties' arguments. More importantly, the same arguments that Merck's representations were insufficiently specific and that its evidence did not respond to changes to the court's record were presented to him. They did not carry the day. Health Canada's statement that all confidential information had been redacted is just an argument. It is not proof that all such information has in fact been redacted. Indeed, at the beginning of the proceedings, Health Canada took the position that none of the information was confidential. The number of documents that either were subsequently found to be exempt in their entirety or were redacted extensively is a clear indication that Health Canada's word cannot be taken as proof. Health Canada does not make a convincing case

s'est trompé à cet égard. Santé Canada a fait référence à une page (p. 470 des pages en litige dans le dossier de la présentation de drogue nouvelle) de laquelle tous les renseignements confidentiels avaient été retranchés, mais qui néanmoins s'était trouvée dans la liste des centaines de documents que le juge Beaudry avait soustraits à la communication. À mon avis, cette erreur mineure ne justifie pas l'intervention de notre Cour, surtout étant donné qu'elle a été rectifiée avant que nous entendions l'affaire. La page en question n'est pas en litige. En ce qui concerne les autres documents, toujours en litige, qui ont été caviardés en partie seulement ou de manière significative, mais ont été jugés soustraits à la communication, l'étendue des passages qui en ont été retranchés ne devrait pas en soi être déterminante. Dans les cas où ils sont de nature très technique — comme c'est le cas en l'espèce —, les renseignements en cause peuvent ne pas paraître significatifs aux yeux du profane, mais avoir une valeur certaine pour le concurrent qui peut « relier les points » (expression utilisée par le juge Harrington dans le cadre du premier contrôle judiciaire (2004 CF 959, [2005] 1 R.C.F. 587)). La divulgation de renseignements dont la nature paraît banale parce que leur importance a échappé à la personne examinant le dossier peut causer un préjudice. Mon collègue procède à un examen du dossier sans bénéficier de la perspective dont jouissait le juge siégeant en révision au terme de quatre jours d'audition.

[258] Le juge Beaudry a entendu tous les arguments des parties. Mais surtout, les mêmes arguments selon lesquels les observations de Merck n'étaient pas suffisamment détaillées et que la preuve de cette dernière ne répondait pas au dossier de la cour tel qu'il avait évolué lui ont été présentés. Ces arguments ne se sont pas avérés déterminants. La déclaration de Santé Canada que tous les renseignements confidentiels avaient été retranchés n'est qu'un simple argument. Elle n'établit pas que tous les renseignements de cette nature l'ont effectivement été. De fait, au début des procédures, Santé Canada a avancé qu'aucun renseignement n'était confidentiel. Le nombre de documents qui ont par la suite été entièrement soustraits à la communication ou caviardés de façon significative indique

that Beaudry J. erred on this point, and I do not think we can dismiss his judgments.

[259] The size of the record, the time allotted to the parties to argue their cases in this Court, and the Court's institutional role are all factors that militate against reviewing the facts in such minute detail. The deferential approach dictated by *Housen* is more consistent with this Court's role. Furthermore, I am not convinced that this Court ought to be conducting the kind of technical review which is required in order to determine whether information qualifies for an exemption from disclosure.

[260] Health Canada and Merck fought tooth and nail for over five years before being heard by Beaudry J. Access to information may be becoming the favourite battleground of innovative and generic drug manufacturers. The quantity of resources, both public and private, expended as a consequence of the war between the parties in the case at bar is appalling. This may be a sign of a more wide-scale problem. If so, the message this Court sends will be particularly important. The message should be that Health Canada and third party applicants in cases such as this must take a responsible approach to disclosure and do the best they can earlier in the process. The redaction of documents could sometimes be simplified by establishing categories rather than reviewing every word. It is clear that the word-by-word approach is not working in cases such as the one at bar. A purposeful review of the file is more apposite.

[261] If, once the parties have reviewed the file and — if possible — established categories, they do not agree, they may take the matter to a

clairement que les arguments de Santé Canada ne peuvent être considérés comme faisant preuve de leur contenu. Santé Canada n'a pas présenté d'arguments convaincants établissant que le juge Beaudry a commis une erreur à cet égard, et je ne pense pas que nous puissions mettre en doute le bien-fondé de ses jugements.

[259] L'ampleur du dossier, le temps alloué aux parties pour présenter leurs arguments devant notre Cour ainsi que le rôle institutionnel de celle-ci sont tous des facteurs qui indiquent qu'il n'y a pas lieu de décortiquer les faits. La démarche empreinte de déférence qu'impose *Housen* correspond davantage au mandat de la Cour. En outre, je ne suis pas convaincue qu'il incombe à notre Cour de procéder à l'examen technique nécessaire pour déterminer si tel ou tel renseignement est visé ou non par une quelconque exception à la règle de la divulgation.

[260] Santé Canada et Merck se sont livrés à une bataille de tous les instants durant plus de cinq années avant d'être entendus par le juge Beaudry. L'accès à l'information semble devenir le théâtre où s'affrontent les sociétés pharmaceutiques innovatrices et celles qui produisent des médicaments génériques. La quantité de ressources, tant publiques que privées, que les parties en l'espèce ont gaspillées à se livrer cette guerre est déplorable. Cela est peut-être le symptôme d'un problème beaucoup plus grave, et, si c'est le cas, le message que notre Cour doit envoyer revêt une grande importance. Ce message doit être que dans les affaires comme celle en l'espèce il incombe à Santé Canada et aux tiers d'adopter une démarche responsable en matière de divulgation de renseignements et de faire de leur mieux plus tôt dans le processus. Il est parfois possible de simplifier le caviardage des documents par l'établissement de catégories; cette méthode remplacerait l'examen de chaque mot. Il est clair que la démarche axée sur l'étude de chaque mot ne convient pas aux affaires comme celle en l'espèce. Un examen du dossier ayant à l'esprit l'objet des exceptions est plus pertinent.

[261] Une fois qu'elles ont examiné le dossier et, si possible, établi des catégories, les parties peuvent soumettre l'affaire à un juge siégeant en révision si

reviewing judge. An appellate court owes deference to the product of that judge's review. The reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line or even page-by-page explanation for his or her decision. If appropriate, the judge can address the case on the basis of categories, provided that the judgment makes it clear which documents or categories of documents are exempt. Unless there is a palpable and overriding error, the Federal Court of Appeal, and this Court, should refrain from embarking on a review of the facts.

[262] My concerns with having an appellate court reassess the evidence and with requiring detailed reasons are not limited to the message this sends to parties and the stringent requirements it imposes on reviewing judges when they draft their reasons. In my view, reviewing the evidence at the appeal level imports a high risk of error in a case such as this. The facts are typically reviewed in the first instance after the parties have argued on the record, and the reviewing judge will often have asked questions about specific documents. This is not, and should not be, done in this Court.

[263] I will provide one example which illustrates the risk the Court runs in conducting a review in a case like this one. My colleague takes note of Merck's argument that the manner in which the articles and studies are presented in the Comprehensive Summary and the fact that it relied on them at a particular stage of the development of the product would be of value to competitors. He endorses, as I do, the ratio of *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, which supports that argument. However, my colleague dismisses Merck's position on the basis that Merck has agreed to the release of some of the articles and studies. Acquiescence in the publication of certain articles and studies differs from acquiescence in the publication of the Comprehensive Summary, as the latter shows how Merck relied on the articles and studies. This

elles ne parviennent pas à s'entendre. La cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard de la décision que rend le juge à l'issue de son examen. Ce dernier ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige. Il peut traiter de l'affaire selon l'approche catégorielle, s'il y a lieu, pourvu que son jugement indique clairement dans chaque cas quel document ou quelle catégorie de documents font l'objet d'une exception. À moins d'une erreur manifeste et dominante, la Cour d'appel fédérale et notre Cour doivent s'abstenir de s'immiscer dans l'examen des faits.

[262] Mes préoccupations à l'égard d'un réexamen de la preuve par les cours d'appel et de l'exigence de motifs détaillés dépassent à la fois les réserves que j'ai exprimées quant au message que cela envoie aux parties et les exigences rigoureuses que cela impose aux juges siégeant en révision dans la rédaction de leurs motifs. À mon avis, l'examen de la preuve en appel comporte un important risque d'erreur dans une affaire comme celle qui nous occupe. L'examen des faits survient habituellement en première instance après que les parties ont présenté leurs arguments à la lumière du dossier, et il arrive souvent que le juge siégeant en révision pose des questions sur des documents particuliers. Il ne revient pas à notre Cour de faire un tel examen.

[263] Je fournirai un exemple qui illustre bien le risque qu'il y a à examiner un dossier comme celui sur lequel nous nous penchons en l'espèce. Mon collègue note l'argument de Merck que la façon dont les articles et les études sont présentés dans le sommaire général et le fait qu'elle se soit fondée sur eux à une étape particulière de l'élaboration du produit constituent des renseignements qui ont une valeur pour ses concurrents. Il reconnaît, tout comme moi, le bien-fondé de la décision *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL), qui étaye cet argument. Cependant, mon collègue rejette la position de Merck au motif que celle-ci a accepté de fournir des copies de certains des articles et des études. Accepter la publication de certains articles et études n'est pas la même chose qu'accepter la publication du sommaire général, car ce dernier montre de

is what *Janssen-Ortho* protects. Unless the Court can show precisely where Merck consented to the disclosure of the excerpts from the Comprehensive Summary referring to the articles and studies, I do not think it is open to us to infer that it did.

[264] Having reviewed Beaudry J.'s judgments, the record and the parties' arguments, I am of the view that there was clearly "some evidence upon which he . . . could have relied to reach [his] conclusion". To find otherwise would be to fail to show proper deference.

[265] For these reasons, I would allow the appeals, with costs in the Court of Appeal and in this Court, and would restore the judgments of the Federal Court, subject to any agreements entered into by the parties since those judgments were rendered.

APPENDIX

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1

As in force at the time of the applications for judicial review:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

3. In this Act,

. . .

"head", in respect of a government institution, means

quelle façon Merck s'est fondée sur les articles et études en question. Voilà ce que protège *Janssen-Ortho*, et, à moins que la Cour ne soit en mesure d'indiquer précisément où Merck a consenti à la divulgation des extraits du sommaire général faisant référence aux articles et aux études, je ne pense pas que nous puissions inférer qu'elle l'a fait.

[264] Ayant examiné les jugements du juge Beaudry, le dossier, ainsi que les arguments des parties, je suis d'avis qu'il existait clairement « des éléments de preuve qui pouvaient étayer [sa] décision ». Conclure autrement démontre qu'une démarche empreinte de déférence n'a pas été adoptée.

[265] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en Cour d'appel et en cette Cour et de rétablir les jugements de la Cour fédérale, sous réserve de toute entente que les parties peuvent avoir conclue depuis qu'ils ont été rendus.

ANNEXE

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1

Telle qu'en vigueur au moment où les demandes de contrôle judiciaire ont été présentées :

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« document » Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment

(a) in the case of a department or ministry of state, the member of the Queen's Privy Council for Canada presiding over that institution, or

(b) in any other case, the person designated by order in council pursuant to this paragraph and for the purposes of this Act to be the head of that institution;

. . .

“record” includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof;

“third party”, in respect of a request for access to a record under this Act, means any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution.

As in force at the NDS application:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally

correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

. . .

« responsable d'institution fédérale »

a) Le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada sous l'autorité de qui est placé un ministère ou un département d'État;

b) la personne désignée par décret, conformément au présent alinéa, en qualité de responsable, pour l'application de la présente loi, d'une institution fédérale autre que celles mentionnées à l'alinéa a).

« tiers » Dans le cas d'une demande de communication de document, personne, groupement ou organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale.

Telle qu'en vigueur au moment où la demande relative à la PDN a été présentée :

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La

used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

As in force for the SNDS:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

- (a) a Canadian citizen, or
- (b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

Telle qu'en vigueur au moment où la demande relative à la PSDN a été présentée :

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

- a) les citoyens canadiens;
- b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

- a) des secrets industriels de tiers;
- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

. . .

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(b), (c) or (d) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

(2) Such committee as may be designated or established under section 75 shall review every provision set out in Schedule II and shall, not later than July 1, 1986 or, if Parliament is not then sitting, on any of the first fifteen days next thereafter that Parliament is sitting, cause a report to be laid before Parliament on whether and to what extent the provisions are necessary.

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

27. (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act,

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

. . .

(5) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)b), c) et d) pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers : pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

(2) Le comité prévu à l'article 75 examine toutes les dispositions figurant à l'annexe II et dépose devant le Parlement un rapport portant sur la nécessité de ces dispositions, ou sur la mesure dans laquelle elles doivent être conservées, au plus tard le 1^{er} juillet 1986, ou, si le Parlement ne siège pas, dans les quinze premiers jours de séance ultérieurs.

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner

or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

(3) A notice given under subsection (1) shall include

- (a) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);
- (b) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and
- (c) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

(4) The head of a government institution may extend the time limit set out in subsection (1) in respect of a request under this Act where the time limit set out in section 7 is extended under paragraph 9(1)(a) or (b) in respect of the same request, but any extension under this subsection shall be for a period no longer than the period of the extension under section 9.

communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants :

- a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);
- b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;
- c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

(4) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai visé au paragraphe (1) dans les cas où le délai de communication à la personne qui a fait la demande est prorogé en vertu des alinéas 9(1)a) ou b), mais le délai ne peut dépasser celui qui a été prévu pour la demande en question.

28. (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(b) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (a), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(a) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(a) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(b), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given

28. (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa a), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)a) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)b) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)b), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en

notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

51. Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

Appeals dismissed with costs, DESCHAMPS, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut, sur autorisation de la Cour, comparaître comme partie à l'instance.

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

51. La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

Pourvois rejetés avec dépens, les juges DESCHAMPS, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

*Solicitor for the respondent: Attorney General
of Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du
Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Gowling Lafleur
Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : Gowling Lafleur
Henderson, Ottawa.*

**IN THE MATTER OF the *Broadcasting Act*,
S.C. 1991, c. 11;**

**AND IN THE MATTER OF the Canadian
Radio-television and Telecommunications
Commission's Broadcasting Regulatory Policy
CRTC 2009-329 and Broadcasting Order
CRTC 2009-452;**

**AND IN THE MATTER OF an application
by way of a reference to the Federal
Court of Appeal pursuant to ss. 18.3(1) and
28(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985,
c. F-7**

**Alliance of Canadian Cinema, Television
and Radio Artists, Canadian Media
Production Association, Directors
Guild of Canada and Writers Guild of
Canada *Appellants***

v.

**Bell Aliant Regional Communications,
LP, Bell Canada, Cogeco Cable Inc., MTS
Allstream Inc., Rogers Communications
Inc., TELUS Communications Company,
Vidéotron Ltd. and Shaw Communications
Inc. *Respondents***

and

**Canadian Radio-television and
Telecommunications Commission *Intervener***

INDEXED AS: REFERENCE RE *BROADCASTING ACT*

2012 SCC 4

File No.: 33884.

2012: January 16; 2012: February 9.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Karakatsanis JJ.

**DANS L'AFFAIRE intéressant la *Loi sur la
radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11;**

**ET DANS L'AFFAIRE DE la Politique régle-
mentaire de radiodiffusion CRTC 2009-329
du Conseil de la radiodiffusion et des télécom-
munications canadiennes et l'ordonnance de
radiodiffusion CRTC 2009-452;**

**ET DANS L'AFFAIRE D'UNE demande
introduite sous forme de renvoi à la Cour
d'appel fédérale en vertu des par. 18.3(1) et
28(2) de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C.
1985, ch. F-7**

**Alliance of Canadian Cinema, Television
and Radio Artists, Association canadienne
de production de média, Guilde cana-
dienne des réalisateurs et Writers Guild of
Canada *Appelantes***

c.

**Bell Aliant Communications régionales,
s.e.c., Bell Canada, Cogeco Câble inc., MTS
Allstream Inc., Rogers Communications Inc.,
Société TELUS Communications, Vidéotron
Ltée et Shaw Communications Inc. *Intimées***

et

**Conseil de la radiodiffusion et des
télécommunications canadiennes *Intervenant***

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LA
RADIODIFFUSION***

2012 CSC 4

N° du greffe : 33884.

2012 : 16 janvier; 2012 : 9 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver et Karakatsanis.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Communications law — Broadcasting — Internet — Internet service providers providing end-users with access to broadcasting over Internet — Whether Internet service providers are broadcasters when they provide end-users with access to broadcasting through Internet — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3.

The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission referred to the Federal Court of Appeal the question of whether retail Internet service providers (“ISPs”) carry on, in whole or in part, “broadcasting undertakings” subject to the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to “broadcasting” requested by end-users. The court held that they do not.

Held: The appeal should be dismissed.

The terms “broadcasting” and “broadcasting undertaking”, interpreted in the context of the language and purposes of the *Broadcasting Act*, are not meant to capture entities which merely provide the mode of transmission. The *Broadcasting Act* makes it clear that “broadcasting undertakings” are assumed to have some measure of control over programming. The policy objectives listed under s. 3(1) of the Act focus on content. When providing access to the Internet, which is the only function of ISPs placed in issue by the reference question, they take no part in the selection, origination, or packaging of content. The term “broadcasting undertaking” does not contemplate an entity with no role to play in contributing to the Act’s policy objectives. Accordingly, ISPs do not carry on “broadcasting undertakings” under the *Broadcasting Act* when they provide access through the Internet to “broadcasting” requested by end-users.

Cases Cited

Referred to: *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit des communications — Radiodiffusion — Internet — Fournisseurs de services Internet permettant aux utilisateurs finaux d’avoir accès à la radiodiffusion grâce à Internet — Ces fournisseurs sont-ils des radiodiffuseurs lorsqu’ils permettent ainsi cet accès? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3.

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a saisi la Cour d’appel fédérale d’un renvoi sur la question de savoir si les fournisseurs de services Internet (« FSI ») de détail exploitent, en tout ou en partie, des « entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle comme FSI, ils fournissent l’accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux. La cour a statué que ce n’est pas le cas.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Eu égard au contexte du libellé de la *Loi sur la radiodiffusion* et vu l’objet de celle-ci, les termes « radiodiffusion » et « entreprise de radiodiffusion » ne sont pas censés assujettir l’entité qui ne fournit que le moyen de transmission. Il appert clairement de la *Loi sur la radiodiffusion* que les « entreprises de radiodiffusion » peuvent jusqu’à un certain point décider du contenu de leurs émissions. Les objectifs énoncés au par. 3(1) de la Loi s’attachent au contenu. Lorsque le FSI fournit l’accès à Internet, ce qui constitue sa seule fonction visée par la question soumise dans le renvoi, il ne participe aucunement à la sélection et à la création de contenu et à sa mise à disposition sous forme de forfaits. Le terme « entreprise de radiodiffusion » ne vise pas l’entité qui ne joue aucun rôle dans la réalisation des objectifs de la politique énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*. Les FSI n’exploitent donc pas d’« entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsqu’ils fournissent l’accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) “broadcasting”, (3), 3(1).

Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 2(1) “telecommunications common carrier”.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Nadon and Dawson J.J.A.), 2010 FCA 178, 322 D.L.R. (4th) 337, 404 N.R. 305, [2010] F.C.J. No. 849 (QL), 2010 CarswellNat 2092, in the matter of a reference brought by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission regarding the *Broadcasting Act*. Appeal dismissed.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and *Bram D. Abramson*, for the appellants.

John B. Laskin, Yousuf Aftab and *Nicole Mantini*, for the respondents Bell Aliant Regional Communications et al.

Nicholas McHaffie and *Dean Shaikh*, for the respondent Shaw Communications Inc.

No one appeared for the intervener.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — In a 1999 report, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) concluded that the term “broadcasting” in s. 2(1) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, included programs transmitted to end-users over the Internet. At that time, the CRTC concluded that it was not necessary to regulate broadcasting undertakings that provided broadcasting services through the Internet. It exempted these “new media broadcasting undertakings” from the requirements of the *Broadcasting Act*. In 2008, after public hearings, the CRTC revisited this exemption. One of the issues raised was whether Internet service providers — ISPs — were subject to the *Broadcasting Act* when they provided end-users with access to broadcasting through the Internet. The CRTC opted to send this issue to the Federal Court of Appeal for determination on a

Lois et règlements cités

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « radiodiffusion », (3), 3(1).

Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 2(1) « entreprise de télécommunication ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Noël, Nadon et Dawson), 2010 CAF 178, 322 D.L.R. (4th) 337, 404 N.R. 305, [2010] A.C.F. n° 849 (QL), 2010 CarswellNat 3295, dans l’affaire d’un renvoi par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes relativement à la *Loi sur la radiodiffusion*. Pourvoi rejeté.

Thomas G. Heintzman, c.r., et *Bram D. Abramson*, pour les appelantes.

John B. Laskin, Yousuf Aftab et *Nicole Mantini*, pour les intimées Bell Aliant Communications régionales et autres.

Nicholas McHaffie et *Dean Shaikh*, pour l’intimée Shaw Communications Inc.

Personne n’a comparu pour l’intervenant.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Dans un rapport datant de 1999, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») concluait que le terme « radiodiffusion » employé au par. 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, englobait la transmission d’émissions à des utilisateurs finaux par Internet. Il jugeait inutile, à cette époque, de réglementer les entreprises de radiodiffusion qui fournissaient leurs services de radiodiffusion grâce à Internet. Il a donc soustrait ces « entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias » à l’application des exigences de la *Loi sur la radiodiffusion*. En 2008, à l’issue d’audiences publiques, le CRTC s’est penché sur l’opportunité du maintien de cette exemption. L’une des questions examinées était celle de savoir si les fournisseurs de services Internet — les FSI — étaient assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsqu’ils permettaient aux

reference (2010 FCA 178, 322 D.L.R. (4th) 337). The specific reference question was:

Do retail Internet service providers (ISPs) carry on, in whole or in part, “broadcasting undertakings” subject to the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to “broadcasting” requested by end-users?

[2] ISPs provide routers and other infrastructure that enable their subscribers to access content and services made available on the Internet. This includes access to audio and audiovisual programs developed by content providers. Content providers depend on the ISPs’ services for Internet delivery of their content to end-users. The ISPs, acting solely in that capacity, do not select or originate programming or package programming services. Noël J.A. held that ISPs, acting solely in that capacity, do not carry on “broadcasting undertakings”.

[3] We agree with Noël J.A., for the reasons he gave, that the terms “broadcasting” and “broadcasting undertaking”, interpreted in the context of the language and purposes of the *Broadcasting Act*, are not meant to capture entities which merely provide the mode of transmission.

[4] Section 2(1) of the *Broadcasting Act* defines “broadcasting” as “any transmission of programs . . . by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public”. The Act makes it clear that “broadcasting undertakings” are assumed to have some measure of control over programming. Section 2(3) states that the Act “shall be construed and applied in a manner that is consistent with the freedom of expression and journalistic, creative and programming independence enjoyed by broadcasting undertakings”. Further, the policy objectives listed under s. 3(1) of the Act focus on content, such as the cultural enrichment of Canada, the promotion of Canadian content,

utilisateurs finaux d’avoir accès à la radiodiffusion au moyen d’Internet. Le CRTC a alors soumis la question à la Cour d’appel fédérale dans le cadre d’un renvoi (2010 CAF 178, 322 D.L.R. (4th) 337). La question précise à trancher était la suivante :

Les fournisseurs de services Internet (FSI) de détail exploitent-ils, en tout ou en partie, des « entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle comme FSI, ils fournissent l’accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux?

[2] Les FSI mettent à la disposition de leurs abonnés routeurs et autres éléments d’infrastructure qui donnent accès au contenu et aux services offerts sur Internet, y compris de la programmation sonore et audiovisuelle provenant de fournisseurs de contenu, lesquels comptent sur les FSI pour la transmission de leur contenu par Internet aux utilisateurs finaux. Les FSI qui n’agissent qu’à ce titre ne sont pas à l’origine de la programmation ou des services y afférents, pas plus qu’ils ne les choisissent ou qu’ils ne les offrent sous forme de forfaits. Le juge Noël de la Cour d’appel fédérale statue que les FSI n’agissant qu’à ce titre n’exploitent pas d’« entreprises de radiodiffusion ».

[3] Pour les motifs qu’invoque le juge Noël, nous convenons avec lui, eu égard au contexte du libellé de la *Loi sur la radiodiffusion* et vu l’objet de celle-ci, que les termes « radiodiffusion » et « entreprise de radiodiffusion » ne sont pas censés assujettir l’entité qui ne fournit que le moyen de transmission.

[4] Suivant le par. 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, « radiodiffusion » s’entend de la « [t]ransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d’émissions [. . .] destinées à être reçues par le public ». Il appert clairement de la Loi que les « entreprises de radiodiffusion » peuvent jusqu’à un certain point décider du contenu de leurs émissions. Le paragraphe 2(3) dispose que « [l]’interprétation et l’application de la [Loi] doivent se faire de manière compatible avec la liberté d’expression et l’indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion ». Aussi, les objectifs énoncés au

establishing a high standard for original programming, and ensuring that programming is diverse.

[5] An ISP does not engage with these policy objectives when it is merely providing the mode of transmission. ISPs provide Internet access to end-users. When providing access to the Internet, which is the only function of ISPs placed in issue by the reference question, they take no part in the selection, origination, or packaging of content. We agree with Noël J.A. that the term “broadcasting undertaking” does not contemplate an entity with no role to play in contributing to the *Broadcasting Act*’s policy objectives.

[6] This interpretation of “broadcasting undertaking” is consistent with *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83. In *Electric Despatch*, the Court had to interpret the term “transmit” in an exclusivity contract relating to messenger orders. Like the ISPs in this case, Bell Telephone had no knowledge or control over the nature of the communication being passed over its wires. This Court had to determine whether the term “transmit” implicated an entity who merely provided the mode of transmission. The Court concluded that only the actual sender of the message could be said to “transmit” it, at p. 91:

It is the person who breathes into the instrument the message which is transmitted along the wires who alone can be said to be the person who “transmits” the message. The owners of the telephone wires, who are utterly ignorant of the nature of the message intended to be sent, cannot be said . . . to transmit a message of the purport of which they are ignorant. [Emphasis added.]

[7] This Court relied on *Electric Despatch in Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, a proceeding under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, to conclude that since ISPs merely

par. 3(1) de la Loi s’attachent au contenu (enrichissement culturel du Canada, promotion du contenu canadien, offre d’une programmation originale de haute qualité, variété de la programmation, etc.).

[5] Le FSI qui se contente de fournir le moyen de transmission ne peut contribuer à la réalisation de ces objectifs. Il permet à l’utilisateur final d’avoir accès à Internet, et lorsqu’il fournit cet accès, ce qui constitue son seul rôle visé par la question soumise dans le renvoi, il ne participe aucunement à la sélection et à la création de contenu et à sa mise à disposition sous forme de forfaits. Le juge Noël affirme avec raison que le terme « entreprise de radiodiffusion » ne vise pas l’entité qui ne joue aucun rôle dans la réalisation des objectifs de la politique énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*.

[6] Cette interprétation du terme « entreprise de radiodiffusion » est compatible avec *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83, une affaire dans laquelle la Cour était appelée à interpréter le verbe [TRADUCTION] « transmettre » employé dans un contrat d’exclusivité en matière de services de messagerie. Comme les FSI dans la présente affaire, Bell Telephone ignorait la nature de la communication transmise grâce à ses fils et n’exerçait aucune influence sur elle. La Cour devait déterminer si l’action de « transmettre » pouvait être le fait d’une entité qui fournissait seulement le moyen de transmission. Elle a conclu que seul l’expéditeur véritable du message pouvait être considéré comme celui qui le « transmet » (p. 91) :

[TRADUCTION] Seule la personne qui dit le message, lequel est transmis par les fils, peut être considérée comme la personne qui « transmet » le message. On ne peut dire des propriétaires des fils électriques, qui ignorent tout de la nature du message devant être transmis, qu’ils transmettent [. . .] un message dont ils ignorent la teneur. [Nous soulignons.]

[7] Dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, une affaire intéressant la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, la Cour a invoqué l’arrêt *Electric Despatch*. Elle a estimé

act as a conduit for information provided by others, they could not themselves be held to communicate the information.

[8] The appellants in this case argued that we should instead follow *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141. In *Capital Cities*, decided under a 1968 version of the *Broadcasting Act*, the CRTC had amended Rogers Cable's licence, allowing Rogers to delete and substitute the television advertisements in the American broadcasts it received before it distributed the broadcast to viewers. The American broadcasting stations argued that the *Broadcasting Act* was *ultra vires* Parliament since it purported to regulate systems situated wholly within provincial boundaries. As part of this argument, the American stations attempted to sever the function of receiving television signals from the distribution or retransmission of those signals within a particular province. The Court rejected this severance of reception and distribution, stating that it was a "single system" coming under federal jurisdiction. The appellants argue before this Court that ISPs similarly form part of a single broadcasting system that is subject to regulation under the *Broadcasting Act*.

[9] Like Noël J.A., we are not convinced that *Capital Cities* assists the appellants. The case concerned Rogers Cable's ability to delete and substitute advertising from American television signals. There was no questioning in *Capital Cities* of the fact that the cable television companies had control over content. ISPs have no such ability to control the content of programming over the Internet.

[10] Contrary to the submissions of the appellants, we need not decide whether the fact that ISPs use "routers" prevents them from being characterized as telecommunications common carriers. Noël J.A. was not asked to decide whether ISPs are a "telecommunications common carrier" under s. 2(1) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993,

que dans la mesure où ils ne servaient que d'agents pour permettre la communication de données provenant de tiers, on ne pouvait conclure que les FSI communiquaient eux-mêmes ces données.

[8] En l'espèce, les appelantes soutiennent que nous devons plutôt nous appuyer sur l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radiotélévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141. Dans cette affaire où la Cour a statué en fonction de la version de la *Loi sur la radiodiffusion* en vigueur en 1968, le CRTC avait modifié la licence de Rogers Cable pour lui permettre de supprimer les annonces publicitaires dans les émissions de télévision américaines qu'elle recevait et de les remplacer par d'autres avant la diffusion aux abonnés. Les radiodiffuseurs américains prétendaient que la *Loi sur la radiodiffusion* outrepassait la compétence du Parlement en ce qu'elle visait à réglementer des systèmes entièrement situés à l'intérieur des limites d'une province. Ils tentaient notamment de dissocier la réception des signaux de télévision de leur transmission ou retransmission dans une province donnée. La Cour a statué qu'il s'agissait d'un « système unique » ressortissant à la compétence fédérale, et elle a rejeté leur thèse. Les appelantes font valoir devant notre Cour que, de la même façon, les FSI font partie d'un système unique de radiodiffusion soumis à la *Loi sur la radiodiffusion*.

[9] À l'instar du juge Noël, nous ne croyons pas que l'arrêt *Capital Cities* étaye la thèse des appelantes. Dans cette affaire, la question était celle de savoir si Rogers Cable pouvait supprimer les messages publicitaires de signaux de télévision américains et les remplacer par d'autres. Nul ne remettait en cause le fait que les câblodistributeurs décidaient du contenu. Or, les FSI n'ont pas cette faculté de décider du contenu de la programmation offerte sur Internet.

[10] Contrairement à ce que prétendent les appelantes, nous n'avons pas à décider si l'utilisation de « routeurs » par les FSI fait obstacle à leur assimilation à des « entreprise[s] de télécommunication » au sens du par. 2(1) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. Le juge Noël n'était pas saisi de la question de savoir si les FSI

c. 38. Nor, based on the record before us, do we feel it appropriate for us to do so.

[11] We therefore agree with Noël J.A.'s answer to the reference question, namely, that ISPs do not carry on "broadcasting undertakings" under the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to "broadcasting" requested by end-users. We would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents Bell Aliant Regional Communications et al.: Torys, Toronto.

Solicitors for the respondent Shaw Communications Inc.: Stikeman Elliott, Ottawa.

constituent de telles entreprises au sens de cette loi. À la lumière du dossier, nous ne jugeons pas non plus opportun de le faire.

[11] Nous sommes donc d'accord avec la réponse du juge Noël à la question posée dans le renvoi, à savoir que les FSI n'exploitent pas d'« entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle de FSI, ils fournissent l'accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimées Bell Aliant Communications régionales et autres : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intimée Shaw Communications Inc. : Stikeman Elliott, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.A.I. *Respondent*

and

Women’s Legal Education and Action Fund, DisAbled Women’s Network Canada, Criminal Lawyers’ Association (Ontario) and Council of Canadians with Disabilities *Interveners*

INDEXED AS: R. v. D.A.I.

2012 SCC 5

File No.: 33657.

2011: May 17; 2012: February 10.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Testimonial competence — Adults with mental disabilities — Whether adult witnesses with mental disabilities must demonstrate understanding of nature of obligation to tell truth in order to be deemed competent to testify — Whether finding of testimonial competence without demonstration of understanding of obligation to tell truth breaches accused’s right to fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

The Crown alleges that the complainant, a 26-year-old woman with the mental age of a three- to six-year-old, was repeatedly sexually assaulted by her mother’s partner during the four years that he lived in the home. It sought to call the complainant to testify about the alleged assaults. After a *voir dire* to determine the complainant’s capacity to testify, the trial judge found that she had failed to show that she understood the duty to speak the truth. In a separate *voir dire*, the trial judge also excluded out-of-court statements made by the complainant to the police and her teacher on the grounds that the statements were unreliable and would

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.A.I. *Intimé*

et

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, Réseau d’action des femmes handicapées du Canada, Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et Conseil des Canadiens avec déficiences *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. D.A.I.

2012 CSC 5

N° du greffe : 33657.

2011 : 17 mai; 2012 : 10 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Habilité à témoigner — Adultes ayant une déficience intellectuelle — Les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent-ils démontrer qu’ils comprennent la nature de l’obligation de dire la vérité pour être réputés habiles à témoigner? — La conclusion que le témoin est habile à témoigner sans qu’il ne soit démontré qu’il comprend l’obligation de dire la vérité porte-t-elle atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

Le ministère public prétend que la plaignante, une femme âgée de 26 ans ayant l’âge mental d’un enfant de trois à six ans, a été agressée sexuellement de façon répétée par le conjoint de sa mère au cours des quatre années où il a vécu avec elles. La poursuite a tenté de faire témoigner la plaignante à propos des agressions alléguées. À l’issue d’un voir-dire afin de déterminer si la plaignante était habile à témoigner, le juge du procès a conclu qu’elle n’avait pas démontré qu’elle comprenait l’obligation de dire la vérité. À l’issue d’un autre voir-dire, le juge du procès a également exclu les déclarations extrajudiciaires que la plaignante avait faites à

compromise the accused's right to a fair trial. While the remainder of the evidence raised some serious suspicions about the accused's conduct, the case collapsed and the accused was acquitted. The Ontario Court of Appeal affirmed this result.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The question in issue is whether the trial judge correctly interpreted the requirements of s. 16 of the *Canada Evidence Act* for the testimonial competence of persons of 14 years of age or older (adults) with mental disabilities. Section 16(3) imposes two requirements for the testimonial competence of an adult with mental disabilities: (1) the ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. It is unnecessary and indeed undesirable to conduct abstract inquiries into whether the witness understands the difference between truth and falsity, the obligation to give true evidence in court, and what makes a promise binding. The plain words of s. 16(3) focus on the concrete acts of communicating and promising. Judges should not add other elements to the dual requirements imposed by s. 16(3). This approach does not transform the promise into an empty gesture. Adults with mental disabilities may have a practical understanding of the difference between the truth and a lie and know they should tell the truth without being able to explain what telling the truth means in abstract terms. When such a witness promises to tell the truth, the seriousness of the occasion and the need to say what really happened is reinforced.

Insofar as the authorities suggest that s. 16(3) requires an abstract understanding of the obligation to tell the truth, they should be rejected. That requirement was based on a version of s. 16 that explicitly required that the witness "understands the duty of speaking the truth". Although Parliament deleted that requirement in 1987, courts continued to require proof that child witnesses understood the duty to tell the truth. Parliament responded by enacting s. 16.1(7), which expressly forbade such inquiries of child witnesses. However, the existence of the s. 16.1(7) ban does not require us to infer that mentally disabled adults are to be questioned on the obligation to tell the truth. First, because s. 16(3)

la police et à son enseignante au motif que ces déclarations n'étaient pas dignes de foi et que leur admission en preuve compromettrait le droit de l'accusé à un procès équitable. Les autres éléments de preuve soulevaient de graves soupçons quant à la conduite de l'accusé, mais la preuve de la poursuite s'est effondrée et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce résultat.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, l'acquiescement est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : La question en litige est de savoir si le juge du procès a correctement interprété les prescriptions de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'habilité à témoigner des personnes âgées de 14 ans ou plus (adultes) ayant une déficience intellectuelle. Le paragraphe 16(3) impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner d'un adulte ayant une déficience intellectuelle : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et (2) une promesse de dire la vérité. Il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite à la personne afin de voir si elle comprend la différence entre la vérité et la fausseté, l'obligation de dire la vérité devant le tribunal, et ce qui rend une promesse obligatoire. Le libellé explicite du par. 16(3) met l'accent sur les actes concrets que sont la communication et la promesse. Les juges ne devraient pas ajouter d'autres éléments aux deux conditions qu'impose le par. 16(3). Une telle approche ne vide pas de son sens la promesse de dire la vérité. Des adultes ayant une déficience intellectuelle peuvent concrètement faire la différence entre la vérité et le mensonge et savoir qu'ils doivent dire la vérité sans être capables d'expliquer en termes abstraits ce que signifie dire la vérité. Lorsqu'un tel témoin promet de dire la vérité, cela confirme le caractère sérieux de la situation et la nécessité de dire ce qui s'est vraiment produit.

Dans la mesure où les autorités prétendent que le par. 16(3) exige une compréhension, dans l'abstrait, de l'obligation de dire la vérité, elles doivent être rejetées. Cette exigence découlait d'une version de l'art. 16 qui prévoyait explicitement que le témoin « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». Bien que le législateur ait éliminé cette exigence en 1987, les tribunaux ont maintenu l'exigence d'établir que les enfants qui témoignent comprennent l'obligation de dire la vérité. En réponse, le législateur a adopté le par. 16.1(7), qui interdit explicitement de tels interrogatoires lorsque des enfants sont en cause. Toutefois, l'interdiction prévue au par. 16.1(7) ne nous oblige pas à déduire que les adultes ayant une

only required a promise to tell the truth, Parliament had no need to ban such questioning of adult witnesses with mental disabilities. Second, s. 16(3) required only a promise to tell the truth, so there was no need for Parliament to enact a similar provision with respect to s. 16(3). Third, the enactment of s. 16.1(7) did not imply that the earlier judicial interpretation of s. 16(3) as it applied to children had been endorsed for adult witnesses. No inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the mere adoption of s. 16.1(7) with respect to children, and the re-enactment of s. 16(3) does not imply that Parliament accepted the judicial interpretation that prevailed at the time of the re-enactment. Fourth, the fact that s. 16 does not have a provision equivalent to s. 16.1(7) does not mean that adult witnesses with mental disabilities must demonstrate an understanding of the nature of the duty to speak the truth — s. 16(3) sets two requirements for the competence of adults with mental disabilities, and nothing further need be imported. Fifth, there is no need to prove that, unless it can be shown that adult witnesses with mental disabilities are the same as, or like, child witnesses, they must be subjected to an inquiry into their understanding of the nature of the obligation to tell the truth before they can be held competent to testify.

The underlying policy concerns — bringing the abusers to justice, ensuring fair trials and preventing wrongful convictions — also support allowing adults with mental disabilities to testify. With respect to the first concern, rejecting the evidence of alleged victims on the ground that they cannot explain the nature of the obligation to tell the truth in philosophical terms would exclude reliable and relevant evidence, immunize an entire category of offenders from criminal responsibility for their acts, and further marginalize the already vulnerable victims of sexual predators. With respect to the second, allowing an adult witness with mental disabilities to testify when the witness can communicate the evidence and promises to tell the truth does not render a trial unfair. Generally, the reliability threshold is met by establishing that the witness has the capacity to understand and answer the questions put to her and by bringing home the need to tell the truth by securing an oath, affirmation or promise. There is no guarantee that any witness will tell the truth — the trial process seeks a basic indication of reliability. That, along with the rules governing admissibility and weight of the

déficience intellectuelle doivent être interrogés sur l'obligation de dire la vérité. Premièrement, parce que le par. 16(3) exigeait simplement une promesse de dire la vérité, il n'était pas nécessaire que le législateur interdise de tels interrogatoires dans le cas d'adultes ayant une déficience intellectuelle. Deuxièmement, étant donné que le par. 16(3) exigeait simplement une promesse de dire la vérité, il n'était pas nécessaire que le législateur adopte une disposition similaire en ce qui concerne le par. 16(3). Troisièmement, l'adoption du par. 16.1(7) ne permettait pas d'inférer que l'interprétation judiciaire du par. 16(3) relativement aux enfants s'appliquait aux adultes. Aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de la simple adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants, et la nouvelle édicition du par. 16(3) ne permet pas d'inférer que le législateur a adopté l'interprétation judiciaire de la disposition qui prévalait à l'époque de la nouvelle édicition. Quatrièmement, l'absence, à l'art. 16, d'une disposition équivalente au par. 16.1(7) ne signifie pas que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité afin de pouvoir témoigner — le par. 16(3) énonce deux conditions relatives à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, et il n'y a rien d'autre à y incorporer. Cinquièmement, il n'est pas nécessaire d'établir, sauf s'il peut être démontré qu'ils sont comme les enfants, ou leur ressemblent, que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent subir un interrogatoire pour que l'on vérifie, avant de déterminer s'ils sont habiles à témoigner, qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité.

Les considérations de politique générale qui sous-tendent la question, à savoir traduire en justice les agresseurs et garantir la tenue d'un procès équitable pour l'accusé ainsi que prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées, militent également en faveur de permettre aux adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner. En ce qui concerne la première considération, rejeter le témoignage de victimes alléguées au motif qu'elles ne peuvent pas expliquer en termes philosophiques la nature de l'obligation de dire la vérité équivaldrait à écarter des témoignages fiables et pertinents, à dégager une catégorie entière de contrevenants de toute responsabilité criminelle relativement à leurs actes, et à marginaliser davantage les victimes déjà vulnérables des prédateurs sexuels. Pour ce qui est de la deuxième considération, permettre à l'adulte ayant une déficience intellectuelle de témoigner dans le cas où il est capable de communiquer les faits dans son témoignage et de promettre de dire la vérité ne rend pas le procès inéquitable. En règle générale, le seuil de fiabilité est satisfait s'il est établi que le témoin a la faculté de comprendre les questions qui lui sont posées et d'y

evidence work to ensure that a verdict of guilty is based on accurate and credible evidence and that the accused has a fair trial.

When applying s. 16(3) in the context of the *Canada Evidence Act*, eight considerations are appropriate. First, the *voir dire* on the competence of a proposed witness is an independent inquiry: it may not be combined with a *voir dire* on other issues. Second, the *voir dire* should be brief, but not hasty. It is preferable to hear all available relevant evidence that can be reasonably considered before preventing a witness to testify. Third, the primary source of evidence for a witness's competence is the witness herself. Her examination should be permitted. Questioning an adult with mental disabilities requires consideration and accommodation for her particular needs; questions should be phrased patiently in a clear, simple manner. Fourth, persons familiar with the proposed witness in her everyday situation understand her best. They may be called as fact witnesses to provide evidence on her development. Fifth, expert evidence may be adduced if it meets the criteria for admissibility, but preference should always be given to expert witnesses who have had personal and regular contact with the proposed witness. Sixth, the trial judge must make two inquiries during the *voir dire* on competence: (a) does the proposed witness understand the nature of an oath or affirmation, and (b) can she communicate the evidence? Seventh, the second inquiry into the witness's ability to communicate the evidence requires the trial judge to explore in a general way whether she can relate concrete events by understanding and responding to questions. It may be useful to ask if she can differentiate between true and false everyday factual statements. Finally, the witness testifies under oath or affirmation if she passes both parts of the test, and on promising to tell the truth if she passes the second part only.

répondre, et si le témoin comprend qu'après avoir prêté serment ou fait une promesse ou une affirmation solennelle, il doit dire la vérité. Rien ne garantit qu'un témoin dira la vérité — on recherche simplement dans le cadre du procès un indice élémentaire de fiabilité. Cela, combiné aux règles régissant l'admissibilité et le poids de la preuve, permet de garantir qu'un verdict de culpabilité soit étayé par des éléments de preuve exacts et crédibles et que le procès de l'accusé soit équitable.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer le par. 16(3) dans le contexte de la *Loi sur la preuve au Canada*, il faut tenir compte de huit considérations. Premièrement, le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner d'un témoin éventuel constitue une enquête indépendante : il ne peut être combiné à un voir-dire relatif à d'autres questions. Deuxièmement, le voir-dire devrait être bref, mais non précipité. Il est préférable d'entendre toute la preuve pertinente disponible pouvant raisonnablement être prise en considération avant d'empêcher une personne de témoigner. Troisièmement, la source principale de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est habile à témoigner est la personne elle-même. Son interrogatoire devrait être autorisé. Pour interroger un adulte ayant une déficience intellectuelle, il faut tenir compte de ses besoins particuliers et prendre les mesures d'adaptation qui s'imposent; les questions devraient être formulées patiemment, de façon claire et simple. Quatrièmement, les personnes de l'entourage qui connaissent personnellement le témoin éventuel sont les mieux placées pour comprendre son état quotidien. Elles peuvent être appelées, à titre de témoins des faits, à témoigner sur son développement. Cinquièmement, une preuve d'expert peut être produite si elle satisfait aux critères d'admissibilité; on préfère cependant toujours le témoignage d'experts ayant eu un contact personnel et régulier avec le témoin éventuel. Sixièmement, le juge du procès doit répondre à deux questions durant le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner : a) le témoin éventuel comprend-il la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, et b) est-il capable de communiquer les faits dans son témoignage? Septièmement, pour répondre à la deuxième question relative à la capacité de la personne de communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès doit vérifier de façon générale si la personne est capable de relater des faits concrets en comprenant les questions qui lui sont posées et en y répondant. Il peut être utile de se demander si la personne est en mesure de différencier entre de vraies et de fausses affirmations factuelles de tous les jours. Finalement, la personne peut témoigner sous serment ou affirmation solennelle si elle satisfait aux deux volets du critère, ou, si elle satisfait uniquement au deuxième volet, en promettant de dire la vérité.

In the instant case, the trial judge erred in failing to consider the second part of the test under s. 16. This error of law led him to rule the complainant incompetent. This error cannot be rectified by comments made by the trial judge at other points in the trial or by the doctrine of deference.

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The majority judgment unacceptably dilutes the protection Parliament intended to provide to accused persons by turning Parliament's direction permitting a person "whose mental capacity is challenged" to testify only "on promising to tell the truth" into an empty formality — a mere mouthing of the words "I promise" without any inquiry as to whether the promise has any significance to the potential witness

Section 16 mandates a single inquiry which presents the trial judge dealing with a witness whose mental capacity is challenged with three options. Section 16(2) provides that, if the challenged witness is able to communicate the evidence and understands the nature of an oath or a solemn declaration in terms of ordinary, everyday social conduct, he or she shall testify under oath or solemn affirmation. If the challenged witness is able to communicate the evidence but does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation, s. 16(3) provides that he or she may provide unsworn testimony on promising to tell the truth. If the challenged witness does not satisfy either criterion, s. 16(4) provides that the individual with a mental disability shall not testify.

There is agreement with the majority that promising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose. It cannot be correct, however, that it is out of bounds for a trial judge to try to determine — in concrete everyday terms — whether there is in reality such a prophylactic effect in the case of a particular witness whose mental capacity has been challenged. If such a witness is so disabled as not to understand the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct, there is no prophylactic effect, and the fair trial interests of the accused under s. 16, as enacted in 1987, are unfairly prejudiced.

In 2005, when Parliament amended the *Canada Evidence Act* to prohibit asking child witnesses "any questions regarding their understanding of the nature

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas le deuxième volet du critère établi à l'art. 16. Cette erreur de droit l'a amené à conclure que la plaignante n'était pas habile à témoigner. Des commentaires formulés par le juge du procès à d'autres étapes de l'instruction ou le principe de la déférence judiciaire ne peuvent corriger cette erreur.

Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Les juges majoritaires diluent de façon inacceptable la protection que le législateur voulait accorder aux accusés en transformant la directive du législateur, qui permet à une personne « dont la capacité mentale est mise en question » de témoigner « en promettant de dire la vérité », en une formalité vide de sens — le témoin éventuel ne fait que prononcer les mots « je promets » sans que l'on vérifie s'il accorde de l'importance à sa promesse.

L'article 16 ne requiert qu'une seule enquête qui présente au juge du procès trois possibilités à l'égard d'une personne dont la capacité mentale est mise en question. Selon le par. 16(2), si cette personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage et comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne, elle témoignera sous serment ou affirmation solennelle. Si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage mais ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, le par. 16(3) prévoit qu'elle peut témoigner sans prêter serment en promettant de dire la vérité. Si la personne dont la capacité mentale est mise en question ne satisfait à ni l'une ni l'autre de ces exigences, le par. 16(4) prévoit qu'elle ne peut témoigner.

Il y a accord avec les juges de la majorité pour dire que la promesse est un acte visant à renforcer, dans l'esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique. On ne saurait toutefois affirmer qu'un juge du procès ne peut pas tenter de déterminer — en termes concrets de la vie quotidienne — si un tel effet prophylactique existe effectivement dans le cas d'une personne dont la capacité mentale est mise en question. Si cette personne est à ce point déficiente qu'elle ne comprend pas le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte, il n'y a aucun effet prophylactique et le droit de l'accusé à un procès équitable aux termes de l'art. 16 adopté en 1987 subit une atteinte injustifiée.

En 2005, lorsque le législateur a modifié la *Loi sur la preuve au Canada* pour interdire que l'on ne pose aux enfants appelés à témoigner « [a]ucune question sur

of the promise to tell the truth” (s. 16.1(7)), the empirical evidence before Parliament related exclusively to children. No such empirical studies were carried out with respect to adults with mental disabilities. In their case, no “don’t ask” provision was proposed, let alone adopted.

There is agreement with the majority that the words “on promising to tell the truth” in s. 16(3) must bear the same meaning as “to promise to tell the truth” in s. 16.1(6). That being the case, the majority must read the s. 16.1(7) “don’t ask” rule applicable only to children into s. 16(3) applicable only to mentally challenged adults in order to read down the words “promising to tell the truth” in s. 16(3), and thus treat adults with mental disabilities as equivalent for the purposes of s. 16 to children without mental disabilities. The fact that psychiatrists speak of persons with mental disabilities in terms of mental ages does not mean that an adult with mental age of six is on the same footing as a six-year-old child with no mental disability whatsoever — a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old does not suffer from a mental disability. No evidence was led to suggest equivalence and judicial notice cannot be taken of alleged “facts” that are neither notorious nor easily verifiable from undisputed sources.

On a competency *voir dire* where the mental capacity of an adult is challenged, and the adult is herself called as a proposed witness, the court may admit evidence from fact witnesses personally familiar with the complainant’s verbal and cognitive abilities and limitations to help the court gain a better understanding of the person’s capacity. These witnesses would not be in a position to express an expert opinion, but could testify about their direct personal observations of the proposed witness. Such evidence might, if the trial judge considered it helpful, better enable the judge or jury to appreciate her responses (or non-responses) in the witness box. However, ultimately, the judge must reach his or her own considered opinion about the mental capacity of the proposed witness prior to admitting the testimony.

In this case, the trial judge had serious concerns about the complainant’s ability to communicate the evidence. The complainant’s answers to a series of simple

la compréhension de la nature de la promesse » (par. 16.1(7)), la preuve empirique soumise au législateur se rapportait exclusivement aux enfants. Aucune étude empirique de ce genre n’a été effectuée relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Dans le cas de ces adultes, aucune règle interdisant de poser des questions n’a été proposée, et encore moins adoptée.

Il y a accord avec les juges de la majorité pour dire que les mots « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) doivent avoir le même sens que les mots « promettre [. . .] de dire la vérité » au par. 16.1(6). Cela étant, les juges majoritaires doivent incorporer, au par. 16(3) applicable uniquement aux adultes ayant une déficience intellectuelle, la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions, qui s’applique uniquement aux enfants, afin d’atténuer l’expression « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) et de traiter sur un pied d’égalité, pour le besoin de l’art. 16, les adultes ayant une déficience intellectuelle et les enfants n’ayant pas de déficience intellectuelle. Le fait pour les psychiatres de classer en fonction de l’âge mental les personnes ayant une déficience intellectuelle ne signifie pas qu’un adulte ayant l’âge mental d’un enfant de six ans soit sur un pied d’égalité avec un enfant âgé de six ans n’ayant aucune déficience intellectuelle — un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans n’a pas une déficience intellectuelle. Aucun élément de preuve laissant croire que cette équivalence existe n’a été soumis et nous ne pouvons pas prendre connaissance d’office de « faits » allégués qui ne sont ni notoires, ni facilement vérifiables en ayant recours aux sources incontestées.

Dans le cadre d’un *voir-dire* relatif à l’habilité à témoigner, où la capacité mentale d’une personne adulte est mise en question et cette personne est assignée à témoigner, le tribunal peut admettre les dépositions de témoins des faits qui connaissent bien les habilités du témoin éventuel à s’exprimer et à comprendre, ainsi que ses limites, et ce, afin d’aider le tribunal à mieux saisir les capacités de la personne. Ces témoins ne seraient pas en mesure d’exprimer une opinion d’expert, mais ils pourraient témoigner à propos de ce qu’ils ont eux-mêmes directement observé chez le témoin éventuel. La preuve pourrait, si le juge du procès l’estime utile, aider le juge ou le jury à apprécier les réponses (ou l’absence de réponse) que lui donne la personne qui témoigne. Cependant, c’est le juge qui, en fin de compte, doit former sa propre opinion éclairée au sujet de la capacité mentale du témoin éventuel.

En l’espèce, le juge du procès avait de sérieuses réserves quant à la capacité de la plaignante de communiquer les faits dans son témoignage. Les réponses de la

and concrete questions left him fully satisfied that she did not understand what a promise to tell the truth involves. Much turned on the significance of the complainant's repeated "I don't know" answers. Clearly, it was an important advantage for the trial judge to watch the questions and answers unfold and to assess whether the complainant was actually able to "compute" her responses to what she was being asked. There was no allegation of bad faith, but she may nevertheless have been mistaken in her perception or recollection of events and the crucible of cross-examination was useless because there was no secure method of testing her credibility. Her inability to deal with simple questions would mean her evidence would be effectively immune to challenge by the defence, thereby prejudicing the interest of society as well as the accused in a fair trial. Sitting on appeal from this determination, and not having had the advantage of observing and questioning the complainant, there is no valid basis for this Court to reverse the trial judge's assessment of her mental capacity.

The trial judge's conclusion that the complainant lacked the ability to perceive, recall and communicate events and to understand the difference between truth and falsehood set up, but did not predetermine, his conclusion that her testimony lacked sufficient reliability. It was neither surprising nor an error however that the trial judge's reasoning on the threshold reliability in his hearsay ruling was quite similar to his reasoning on the s. 16 *voir dire*, and given his advantage in seeing and hearing the complainant, his exclusion of her out-of-court statements should equally be upheld by this Court.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Disapproved: *R. v. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445; *R. v. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. v. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301; *R. v. S.M.S.* (1995), 160 N.B.R. (2d) 182; *R. v. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342; *R. v. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. v. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554; *R. v. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. v. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. v. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192; **distinguished:** *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110; *Attorney*

plaignante à une série de questions simples et concrètes ont entièrement convaincu le juge qu'elle ne comprenait pas ce que la promesse de dire la vérité signifie. L'instance reposait en grande partie sur l'importance des réponses de la plaignante lorsqu'elle répétait « je ne sais pas ». De toute évidence, il s'agissait d'un avantage important pour le juge du procès d'être témoin de l'enchaînement des questions et des réponses et de déterminer si la plaignante était réellement capable de « computer » les questions posées et d'y répondre. La bonne foi de la plaignante n'était aucunement en cause, mais elle aurait quand même pu se tromper pour ce qui est de percevoir ou de se rappeler les faits, et l'épreuve du contre-interrogatoire était inutile puisqu'il n'y avait aucun moyen sûr de vérifier sa crédibilité. Son incapacité de comprendre des questions simples et d'y répondre signifiait que son témoignage ne pourrait effectivement être attaqué par la défense, ce qui porterait atteinte à l'intérêt de la société et au droit de l'accusé à un procès équitable. Siégeant en appel de cette décision, et n'ayant pas eu l'avantage d'observer et d'interroger la plaignante, il n'y a aucune raison valable d'infirmer l'appréciation, par le juge, de sa capacité mentale.

Le fait que le juge du procès ait conclu que la plaignante n'avait pas la capacité de percevoir, de se souvenir et de raconter ce qui s'est passé et de comprendre la différence entre la vérité et la fausseté l'a amené, mais pas de façon automatique, à conclure que le témoignage de la plaignante n'était pas suffisamment fiable. Il n'était pas surprenant, et ce n'était pas une erreur, que le raisonnement du juge du procès sur la question du seuil de fiabilité dans sa décision relative au oui-dire ait été très semblable à son raisonnement sur le voir-dire prévu à l'art. 16. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre la plaignante, la Cour devrait aussi maintenir la décision du juge du procès d'exclure ses déclarations extrajudiciaires.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts critiqués : *R. c. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445; *R. c. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. c. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301; *R. c. S.M.S.* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 182; *R. c. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342; *R. c. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. c. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554; *R. c. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. c. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. c. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202;

General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée, [1985] 1 S.C.R. 831; *R. v. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Rockey, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, aff'g (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Parrott*, 2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, s. 18.
Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act, S.C. 2005, c. 32, ss. 26, 27.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 16 [rep. & sub. 1987, c. 24, s. 18; am. 2005, c. 32, s. 26], 16.1 [ad. 2005, c. 32, s. 27].
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 25.
Canadian Charter of Rights and Freedoms Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 45.

Authors Cited

Bala, Nicholas, et al. "Brief on Bill C-2: Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System", submitted by the Child Witness Project to the House of Commons Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 2005.
 Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 77, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2003, at 17:20 (online: www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E).
 Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005, p. 7 (online: www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-E.PDF).
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, pp. 21, 24 and 33.

R. c. Bannerman (1966), 48 C.R. 110; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *R. c. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Rockey, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, conf. (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787.

Lois et règlements cités

Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, ch. 31, art. 25.
Charte canadienne des droits et libertés.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 45.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 1987, ch. 24, art. 18.
Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 2005, ch. 32, art. 26, 27.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16 [abr. & rempl. 1987, ch. 24, art. 18; mod. 2005, ch. 32, art. 26], 16.1 [aj. 2005, ch. 32, art. 27].

Doctrine et autres documents cités

Bala, Nicholas, et al. « Brief on Bill C-2 : Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System », submitted by the Child Witness Project to the House of Commons Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 2005.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 1, 2^e sess., 33^e lég., 27 novembre 1986, p. 21, 24 et 33.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 2, 2^e sess., 33^e lég., 4 décembre 1986, p. 26-27.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 3, 2^e sess., 33^e lég., 11 décembre 1986, p. 7.
 Canada. Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, n° 26, 1^{re} sess., 38^e lég., 24 mars 2005, p. 7 (en ligne : www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-F.PDF).

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986, pp. 26-27.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 3, 2nd Sess., 33rd Parl., December 11, 1986, p. 7.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 17, 1st Sess., 38th Parl., June 23, 2005, p. 19.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005, pp. 105-6.

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, MacPherson and Armstrong J.J.A.), 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96, 252 C.C.C. (3d) 178, 73 C.R. (6th) 50, [2010] O.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellOnt 880, affirming a decision of McKinnon J., 2008 CanLII 21725, [2008] O.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellOnt 2637. Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Jamie C. Klukach and John Semenoff, for the appellant.

Howard L. Krongold and Leonardo Russomanno, for the respondent.

Joanna L. Birenbaum, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada.

Joseph Di Luca and Erin Dann, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

David M. Wright and Helga D. Van Iderstine, for the intervenor the Council of Canadians with Disabilities.

Canada. Chambre des communes. *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, n° 77, 2^e sess., 37^e lég., 29 octobre 2003, 17:20 (en ligne : www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F).

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 17, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 juin 2005, p. 19.

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 18, 1^{re} sess., 38^e lég., 7 juillet 2005, p. 105-106.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, MacPherson et Armstrong), 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96, 252 C.C.C. (3d) 178, 73 C.R. (6th) 50, [2010] O.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellOnt 880, qui a confirmé une décision du juge McKinnon, 2008 CanLII 21725, [2008] O.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellOnt 2637. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Jamie C. Klukach et John Semenoff, pour l'appelante.

Howard L. Krongold et Leonardo Russomanno, pour l'intimé.

Joanna L. Birenbaum, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

Joseph Di Luca et Erin Dann, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

David M. Wright et Helga D. Van Iderstine, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Sexual assault is an evil. Too frequently, its victims are the vulnerable in our society — children and the mentally handicapped. Yet rules of evidence and criminal procedure, based on the norm of the average witness, may make it difficult for these victims to testify in courts of law. The challenge for the law is to permit the truth to be told, while protecting the right of the accused to a fair trial and guarding against wrongful conviction.

[2] Parliament has addressed this challenge by a series of amendments to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, that modify the normal rules of testimonial capacity for children and adults with mental disabilities. This Court has considered the provisions relating to children on a number of occasions. This appeal involves the provisions relating to adults with mental disabilities.

[3] At the heart of this case is a young woman, K.B., aged 26, with the mental age of a three- to six-year-old. The Crown alleges that she was repeatedly sexually assaulted by her mother's partner at the time, D.A.I. The prosecution sought to call the young woman to testify about the alleged assaults. It also sought to adduce evidence through her school teacher and a police officer of what she told them.

[4] The trial judge excluded this evidence, on the ground that K.B. was not competent to testify in a court of law (A.R., vol. I, at p. 2). As a result, the case collapsed and D.A.I. was acquitted (2008 CanLII 21725 (Ont. S.C.J.)). The Ontario Court of Appeal affirmed the acquittal (2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96).

[5] I respectfully disagree. In my view, the trial judge made a fundamental error of law in

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — L'agression sexuelle est un fléau. Trop souvent, ses victimes sont les personnes les plus vulnérables de notre société — les enfants et les personnes ayant une déficience intellectuelle. Or, les règles de preuve et la procédure en matière criminelle, qui sont fondées sur la norme du témoin moyen, peuvent compliquer la tâche de ces victimes qui sont appelées à témoigner dans des cours de justice. Le droit est confronté au défi de permettre que la vérité soit révélée tout en protégeant le droit de l'accusé à un procès équitable et en évitant toute possibilité de déclarations de culpabilité injustifiées.

[2] Le législateur a relevé ce défi en apportant, dans la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, une série de modifications aux règles relatives à l'habilité à témoigner afin d'accommoder les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle. La Cour a examiné à plusieurs reprises les dispositions ayant trait aux enfants. Dans ce pourvoi, elle examine les dispositions relatives aux adultes ayant une déficience intellectuelle.

[3] La présente affaire met en cause une jeune femme, K.B., âgée de 26 ans, qui a l'âge mental d'un enfant de trois à six ans. Le ministère public prétend qu'elle a été agressée sexuellement de façon répétée par le conjoint de sa mère à l'époque, D.A.I. La poursuite a tenté de faire témoigner la jeune femme à propos des agressions alléguées. Elle a également tenté de présenter en preuve les révélations faites par K.B. à son institutrice et à un policier.

[4] Le juge du procès a exclu ces éléments de preuve au motif que K.B. n'était pas habile à témoigner dans une cour de justice (d.a., vol. I, p. 2). Par conséquent, la preuve de la poursuite s'est effondrée et D.A.I. a été acquitté (2008 CanLII 21725 (C.S.J. Ont.)). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé l'acquittement (2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96).

[5] En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne souscris pas à cette décision. Selon moi, le juge

interpreting and applying the provisions of the *Canada Evidence Act* governing the testimonial competence of adult witnesses with mental disabilities. This error of law vitiates the trial judge's ruling that K.B. could not be allowed to testify. Subsequent evidence on other matters cannot overcome this fatal defect. I would therefore set aside the acquittal of D.A.I. and order a new trial.

I. Factual Background

[6] The complainant, K.B., was 22 at trial and 19 at the time of the alleged assault, but possessed the mental age of a three- to six-year-old. She lived with her mother and her mother's partner, D.A.I., as well as her sister. During the four years he was in the home, D.A.I. developed a close relationship with K.B.

[7] Sometime after D.A.I. separated from K.B.'s mother and left the home, K.B. told her special education teacher about a "game" that she and D.A.I. used to play together which involved D.A.I. touching her. She later repeated this statement to the police. K.B., through bodily gestures, described the game as involving touching her breasts and vagina. In her statement to the police, she indicated that D.A.I. had touched her vagina, buttocks and breasts beneath her pajamas, and that this had happened many times.

[8] At the preliminary inquiry, K.B. was ruled competent to testify on the basis that she was able to communicate the evidence. Her video-taped statement to the police was admitted as her examination-in-chief and she was cross-examined.

[9] The issue of K.B.'s testimonial capacity was raised at trial, and the trial judge held a *voir dire* to determine whether she could be allowed to testify. K.B. and Dr. K., the defence's expert witness, were the only ones to testify during the *voir dire* on competence. The Crown's examination of K.B.

du procès a commis une erreur de droit fondamentale dans l'interprétation et l'application des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* régissant l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle. Cette erreur de droit vicie la décision du juge du procès de ne pas permettre à K.B. de témoigner. Une preuve produite ultérieurement relativement à d'autres questions ne peut remédier à ce vice fatal. Je suis donc d'avis d'annuler l'acquittement de D.A.I. et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

I. Le contexte factuel

[6] La plaignante, K.B., était âgée de 22 ans au moment du procès et de 19 ans au moment où elle aurait été agressée, mais elle avait l'âge mental d'un enfant de trois à six ans. Elle vivait avec sa mère et le conjoint de cette dernière, D.A.I., ainsi qu'avec sa sœur. Au cours des quatre années où il a vécu à la maison, D.A.I. a établi une relation étroite avec K.B.

[7] Quelque temps après que D.A.I. se soit séparé de la mère de K.B. et ait quitté la maison, K.B. a parlé à son enseignante spécialisée d'un « jeu » auquel elle se livrait avec D.A.I. et dans lequel ce dernier la touchait. Plus tard, elle a fait à la police une déclaration qui allait dans le même sens. K.B. a décrit par des gestes le jeu dans lequel l'intimé touchait ses seins et son vagin. Dans sa déclaration à la police, elle a mentionné que D.A.I. avait touché son vagin, ses fesses et ses seins sous son pyjama, et que cela s'était produit à plusieurs reprises.

[8] À l'enquête préliminaire, K.B. a été jugée habile à témoigner parce qu'elle était capable de communiquer les faits dans son témoignage. La déclaration enregistrée sur bande vidéo qu'elle a faite à la police a été admise à titre d'interrogatoire principal et elle a été contre-interrogée.

[9] La question de la capacité à témoigner de K.B. ayant été soulevée, le juge du procès a tenu un *voir-dire* afin de déterminer si K.B. pouvait être autorisée à témoigner. K.B. et le D^r K., le témoin expert de la défense, ont été les seules personnes à témoigner durant le *voir-dire* sur la question de l'habilité

demonstrated that she understood the difference between telling the truth and lying in concrete situations. However, the trial judge went beyond this to question K.B. on her understanding of the nature of truth and falsity, of moral and religious duties, and of the legal consequences of lying in court. K.B. was unable to respond adequately to these more abstract questions, to which she frequently answered “I don’t know” (A.R., vol. I, at pp. 117-19). Dr. K., a psychiatrist, testified for the defence. Dr. K.’s opinion was formed without personal contact with K.B. It was based on school and medical records, as well as on K.B.’s behaviour in her videotaped statement and during the *voir dire*. Dr. K. expressed the view that K.B. had “serious difficulty in differentiating the concept of truth and lie”, noted her low tolerance for frustration, and said, “I don’t think she ha[d] the ability to think what you’re asking and come up with an answer” (*ibid.*, at pp. 159 and 161).

[10] At the end of the *voir dire* on competence, the trial judge refused to hear from K.B.’s teacher of six years, Ms. W., and ruled that K.B. was incompetent to testify. K.B. was held incompetent because she had “not satisfied the prerequisite that she understands the duty to speak to the truth”, which the trial judge took to be required by s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*: “She cannot communicate what truth involves or what a lie involves, or what consequences result from truth or lies” (*ibid.*, at p. 3).

[11] A second *voir dire* was held to decide on the Crown’s application for admitting K.B.’s out-of-court statements to the police and to her teacher, Ms. W. The teacher testified that K.B. would not intentionally lie, but that her ability to understand was more developed than her ability to express herself: “This causes a lot of frustration for [K.B.], she frequently responds to questions by saying ‘I don’t know’” (*ibid.*, at p. 176; see also pp. 184-85).

à témoigner. L’interrogatoire de K.B. par le ministère public a démontré qu’elle comprenait la différence entre la vérité et le mensonge dans des situations concrètes. Cependant, le juge du procès est allé plus loin en interrogeant K.B. afin d’établir si elle comprenait la nature de la vérité et du mensonge, des obligations morales et religieuses, et des conséquences juridiques liées au fait de mentir au tribunal. K.B. n’a pas pu répondre adéquatement à ces questions plus abstraites, répétant à plusieurs reprises : [TRADUCTION] « Je ne sais pas » (d.a., vol. I, p. 117-119). Le D^r K., un psychiatre, a témoigné pour la défense. Son opinion était formée sans qu’il ait eu de contact personnel avec K.B. mais en se fondant sur des dossiers scolaires et médicaux de K.B. ainsi que sur le comportement de cette dernière sur la bande vidéo de sa déclaration et durant le voir-dire. De l’avis du D^r K., K.B. avait [TRADUCTION] « beaucoup de mal à différencier le concept de la vérité et celui du mensonge »; il a mentionné qu’elle avait une faible tolérance à la frustration et il a dit ce qui suit : « Je ne crois pas qu’elle a la capacité de penser à ce que vous demandez et de donner une réponse » (*ibid.*, p. 159 et 161).

[10] À l’issue du voir-dire relatif à l’habilité à témoigner, le juge du procès a refusé d’entendre le témoignage de la personne qui enseignait à K.B. depuis six ans, M^{me} W. Il a conclu que K.B. n’était pas habile à témoigner parce qu’elle n’avait [TRADUCTION] « pas satisfait à la condition préalable voulant qu’elle comprenne l’obligation de dire la vérité », ce qui, selon lui, est une condition exigée par le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* : « Elle est incapable de dire ce que comportent la vérité et le mensonge, ou de dire ce que sont les conséquences découlant de la vérité ou de mensonges » (*ibid.*, p. 3).

[11] Le juge du procès a tenu un deuxième voir-dire pour statuer sur la demande présentée par le ministère public en vue de faire admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires faites par K.B. à la police et à son enseignante, M^{me} W. L’enseignante a indiqué dans son témoignage que K.B. ne mentirait pas intentionnellement, mais que sa capacité à comprendre était plus développée que sa capacité à s’exprimer : [TRADUCTION] « Cela lui [K.B.]

Also, evidence was led corroborating K.B.'s allegations. A family friend testified that, while he was in D.A.I.'s room for another purpose, he found a Polaroid photo of K.B. with her breasts exposed and another photo of two unidentified people having sex. D.A.I.'s explanation of the first photo was that K.B. had flashed him while he was taking a photo of her. K.B.'s sister also testified that she had found such photos. However, she did not report it to her mother and the photos were not available at trial. K.B.'s sister also said she once saw D.A.I. touch K.B.'s breasts while she was lying on her bed.

[12] The *voir dire* on hearsay admissibility was concluded by the trial judge's dismissal of the Crown's application. The trial judge rejected K.B.'s out-of-court statements to Ms. W. and to the police, holding that K.B.'s hearsay evidence was inadmissible because it was "unreliable, and its admission would seriously compromise the accused's right to a fair trial" (2008 CanLII 21726 (Ont. S.C.J.), at para. 57).

[13] At trial, the judge concluded that while the remainder of the evidence raised "some serious suspicions" about D.A.I.'s conduct, it was too scant to support a conviction (para. 11). The case essentially collapsed because of the trial judge's ruling that K.B. was not competent to testify.

[14] The question we must decide is whether the trial judge correctly interpreted the requirements of the *Canada Evidence Act* for the testimonial competence of persons of 14 years of age or older (adults) with mental disabilities. If he applied too high a standard, his decision to preclude K.B. from testifying must be set aside and the case remitted for a new trial.

cause beaucoup de frustration, elle répond souvent aux questions en disant "je ne sais pas" » (*ibid.*, p. 176; voir aussi p. 184-185). Des éléments de preuve étayant les prétentions de K.B. ont également été soumis. Un ami de la famille a affirmé dans son témoignage qu'il avait trouvé dans la chambre de D.A.I. une photo au polaroïd de K.B. la montrant les seins nus et une autre photo montrant deux inconnus ayant des rapports sexuels. D.A.I. a expliqué que la première photo avait été prise par accident — que K.B. avait soudainement montré ses seins pendant qu'il prenait une photo d'elle. La sœur de K.B. a également indiqué avoir trouvé des photos de ce genre. Toutefois, elle ne l'a pas dit à sa mère et les photos n'ont pas été produites au procès. La sœur de K.B. a également dit avoir déjà vu D.A.I. toucher les seins de K.B. pendant qu'elle était étendue sur son lit.

[12] À l'issue du voir-dire relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, le juge du procès a rejeté la demande du ministère public. Il a rejeté les déclarations extrajudiciaires faites par K.B. à M^{me} W. et à la police, affirmant que la preuve par ouï-dire de K.B. était inadmissible parce qu'elle n'était [TRADUCTION] « pas digne de foi, et que son admission en preuve compromettrait sérieusement le droit de l'accusé à un procès équitable » (2008 CanLII 21726 (C.S.J. Ont.), par. 57).

[13] Le juge du procès a conclu que, bien que la preuve ait soulevé [TRADUCTION] « de graves soupçons » quant à la conduite de D.A.I., elle ne permettait pas d'étayer une déclaration de culpabilité (par. 11). La preuve de la poursuite s'est effondrée essentiellement en raison de la conclusion du juge du procès selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner.

[14] Nous devons décider si le juge du procès a correctement interprété les prescriptions de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'habilité à témoigner des personnes âgées de 14 ans ou plus (adultes) ayant une déficience intellectuelle. S'il a appliqué une norme trop élevée, sa décision d'empêcher K.B. de témoigner doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée pour un nouveau procès.

II. Legal Analysis

A. *Testimonial Competence: A Threshold Requirement*

[15] Before turning to s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, it is important to distinguish between three different concepts that are sometimes confused: (1) the witness's competence to testify; (2) the admissibility of his or her evidence; and (3) the weight of the witness's testimony. The evidentiary rules governing all three concepts share a common purpose: ensuring that convictions are based on solid evidence and that the accused has a fair trial. However, each concept plays a distinct role in achieving this goal.

[16] The first concept, and the one most relevant to this appeal, is the principle of competence to testify. Competence addresses the question of whether a proposed witness has the capacity to provide evidence in a court of law. The purpose of this principle is to exclude at the outset worthless testimony, on the ground that the witness lacks the basic capacity to communicate evidence to the court. Competence is a threshold requirement. As a matter of course, witnesses are presumed to possess the basic "capacity" to testify. However, in the case of children or adults with mental disabilities, the party challenging the competence of a witness may be called on to show that there is an issue as to the capacity of the proposed witness.

[17] The second concept is admissibility. The rules of admissibility determine what evidence given by a competent witness may be received into the record of the court. Evidence may be inadmissible for various reasons. Only evidence that is relevant to the case may be considered by the judge or jury. Evidence may also be inadmissible if it falls under an exclusionary rule, for example the confessions rule or the rule against hearsay evidence. Among the purposes of the rules of admissibility are improving the accuracy of fact finding, respecting policy considerations, and ensuring the fairness of the trial.

II. Analyse juridique

A. *L'habilité à témoigner : une condition préliminaire*

[15] Avant de passer à l'examen du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, il importe de faire une distinction entre trois notions différentes qui sont parfois confondues : (1) l'habilité du témoin à témoigner; (2) l'admissibilité de son témoignage; (3) la force probante de celui-ci. Les règles de preuve régissant ces trois notions poursuivent un même objectif : garantir que les déclarations de culpabilité soient fondées sur une preuve solide et que l'accusé ait un procès équitable. Toutefois, chaque notion joue un rôle distinct dans l'atteinte de cet objectif.

[16] La première notion — la plus pertinente dans ce pourvoi — est le principe de l'habilité à témoigner. L'habilité porte sur la question de savoir si un témoin éventuel a la capacité de faire une déposition dans une cour de justice. Ce principe a pour objet d'exclure d'entrée de jeu la déposition n'ayant aucune valeur au motif que le témoin n'est pas en mesure de communiquer les faits dans son témoignage à la cour. L'habilité est une condition préliminaire. Ordinairement, les témoins sont présumés « habiles » à témoigner. Toutefois, dans le cas d'enfants ou d'adultes ayant une déficience intellectuelle, la partie qui met en question la capacité d'un éventuel témoin de faire une déposition peut être appelée à démontrer qu'il existe des motifs de douter de cette capacité.

[17] La deuxième notion est l'admissibilité. Les règles d'admissibilité déterminent quels éléments de preuve donnés par un témoin habile peuvent être consignés au dossier de la cour. Un témoignage peut être inadmissible pour diverses raisons. Le juge ou le jury ne peuvent prendre en compte que les témoignages pertinents dans l'instance. Le témoignage peut également être inadmissible s'il est visé par une règle d'exclusion, par exemple la règle des confessions ou la règle interdisant le ouï-dire. Les règles d'admissibilité visent notamment l'amélioration de l'exactitude des conclusions de fait, le respect des considérations de politique générale, et l'assurance que le procès est équitable.

[18] The third concept — the responsibility of the trier of fact to decide what evidence, if any, to accept — is based on the assumption that the witness is competent and the rules of admissibility have been properly applied. Fulfillment of these requirements does not establish that the evidence should be accepted. It is the task of the judge or jury to weigh the probative value of each witness's evidence on the basis of factors such as demeanour, internal consistency, and consistency with other evidence, and to thus determine whether the witness's evidence should be accepted in whole, in part, or not at all. Unless the trier of fact is satisfied that the prosecution has established all elements of the offence beyond a reasonable doubt, there can be no conviction.

[19] Together, the rules governing competence, admissibility and weight of the evidence work to ensure that a verdict of guilty is based on accurate and credible evidence and that the accused person has a fair trial. The point for our purposes is a simple one: the requirement of competence is only the first step in the evidentiary process. It is the initial threshold for receiving evidence. It seeks a minimal requirement — a basic ability to provide truthful evidence. A finding of competence is not a guarantee that the witness's evidence will be admissible or accepted by the trier of fact.

B. The Requirements for Competence of Adult Witnesses With Mental Disabilities: Section 16 of the Canada Evidence Act

[20] Against this background, I come to the provision at issue in this case, s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, which governs the capacity to testify of adults with mental disabilities. Section 16 provides:

16. (1) [Witness whose capacity is in question] If a proposed witness is a person of fourteen years of age

[18] La troisième notion — la responsabilité qui incombe au juge des faits de décider quels éléments de preuve, s'il en est, doivent être retenus -- est fondée sur la prémisse que le témoin est habile à témoigner et que les règles d'admissibilité ont été correctement appliquées. Le respect de ces exigences n'établit pas que les éléments de preuve doivent être retenus. C'est au juge ou au jury qu'il revient d'apprécier la valeur probante de la déposition de chaque témoin au regard de facteurs comme le comportement, la cohérence et la compatibilité avec d'autres éléments de preuve et, donc, de déterminer si la déposition de la personne doit être retenue en entier, en partie ou pas du tout. Sauf si le juge des faits est convaincu que la poursuite a établi hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction, il ne peut y avoir aucune déclaration de culpabilité.

[19] Ensemble, les règles régissant l'habilité à témoigner, l'admissibilité et le poids de la preuve permettent de garantir qu'un verdict de culpabilité est étayé par des éléments de preuve exacts et crédibles et que le procès de l'accusé est équitable. L'aspect important pour les besoins de l'analyse est simple : la condition relative à l'habilité à témoigner n'est que la première étape du processus de présentation de la preuve. C'est la première condition qui doit être satisfaite pour qu'un témoignage soit recevable. Elle repose sur une exigence minimale — une aptitude élémentaire à fournir un témoignage sincère. La seule conclusion que la personne est habile à témoigner ne garantit pas que sa déposition sera admissible ou retenue par le juge des faits.

B. Les conditions relatives à l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle : l'art. 16 de la Loi sur la preuve au Canada

[20] Dans ce contexte, j'examine maintenant la disposition litigieuse en l'espèce, le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui régit l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle. L'article 16 prévoit ce qui suit :

16. (1) [Témoin dont la capacité mentale est mise en question] Avant de permettre le témoignage d'une

or older whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

- (a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and
- (b) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) [Testimony under oath or solemn affirmation] A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) [Testimony on promise to tell truth] A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may, notwithstanding any provision of any Act requiring an oath or a solemn affirmation, testify on promising to tell the truth.

(4) [Inability to testify] A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.

[21] Section 16(1) sets out what a judge must do when a challenge is raised. First, the judge must determine “whether the person understands the nature of an oath or a solemn declaration” and “whether the person is able to communicate the evidence” (s. 16(1)). If these requirements are met, the witness testifies under oath or affirmation, as other witnesses do (s. 16(2)). If these requirements are not met, the judge moves on to s. 16(3). Section 16(3) provides that “[a] person . . . who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may . . . testify on promising to tell the truth.”

personne âgée d’au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider si :

- a) d’une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle;
- b) d’autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) [Témoignage sous serment] La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) [Témoignage sur promesse de dire la vérité] La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu’une disposition d’une loi exige le serment ou l’affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.

(4) [Inaptitude à témoigner] La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui n’est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) [Charge de la preuve] La partie qui met en question la capacité mentale d’un éventuel témoin âgé d’au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu’il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle.

[21] Le paragraphe 16(1) énonce ce qu’un juge doit faire lorsque la capacité mentale d’un éventuel témoin est mise en question. Premièrement, le juge doit déterminer si la personne « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle » et si elle « est capable de communiquer les faits dans son témoignage » (par. 16(1)). Si ces conditions sont satisfaites, la personne témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle, tout comme les autres témoins (par. 16(2)). Si ces conditions ne sont pas remplies, le juge passe au par. 16(3), selon lequel une « personne [. . .] qui, sans comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut [. . .] témoigner en promettant de dire la vérité ».

[22] In brief, s. 16(1) provides that an adult witness whose competence to testify is challenged should testify under oath or affirmation, if the witness “understands the nature of an oath or a solemn affirmation” and can “communicate the evidence”. Here K.B. did not meet the first requirement. The inquiry therefore moved to s. 16(3), which states that if an adult witness cannot take the oath or affirm under s. 16(1), then she must be permitted to testify *if she is “able to communicate the evidence” and promises to tell the truth.*

[23] On its face, s. 16 says that in a case such as this where the witness cannot take the oath or affirm, the judge has only one further issue to consider — whether the witness can communicate the evidence. If the answer to that question is yes, the judge must then ask the witness whether she promises to tell the truth. If she does, she is competent to testify. It is not necessary to inquire into whether the witness understands the duty to tell the truth.

[24] The respondent argues, however, that the plain words of s. 16(3) do not suffice. They must be supplemented, he says, by the requirement that an adult witness with mental disabilities who cannot take an oath or affirm must not only be able to communicate the evidence and promise to tell the truth, but must also *understand the nature of a promise to tell the truth.*

[25] I cannot accept this submission. The words of an Act are to be interpreted in their entire context: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The wording of s. 16(3), its history, its internal logic and its statutory context all point to the conclusion that s. 16(3) should be read as it stands, without reading in a further requirement that the witness demonstrate an understanding of the nature of the obligation to tell the truth. All that is required is that the witness be able to communicate the evidence and in fact promise to tell the truth.

[22] En bref, le par. 16(1) prévoit qu’une personne adulte dont l’habilité à témoigner est mise en question doit témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle, si elle « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle » et si elle est capable de « communiquer les faits dans son témoignage ». En l’espèce, K.B. n’a pu satisfaire à cette première condition. Le juge a donc poursuivi en examinant le par. 16(3), selon lequel une personne adulte qui ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle au sens du par. 16(1), mais *qui est « capable de communiquer les faits dans son témoignage »*, peut témoigner *en promettant de dire la vérité.*

[23] À première vue, l’art. 16 prévoit que, dans un cas tel celui qui nous occupe, où la personne ne peut prêter serment ni faire une affirmation solennelle, le juge n’a plus qu’une autre question à examiner — à savoir si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage. Si tel est le cas, le juge doit alors demander à la personne si elle promet de dire la vérité. Dans l’affirmative, elle est habile à témoigner. Il n’est pas nécessaire de vérifier si elle comprend l’obligation de dire la vérité.

[24] Toutefois, l’intimé prétend que le libellé explicite du par. 16(3) n’est pas suffisant. Il doit être complété, selon lui, par l’ajout de la condition suivant laquelle un adulte ayant une déficience intellectuelle qui ne peut prêter serment ni faire une affirmation solennelle doit non seulement être capable de communiquer les faits dans son témoignage et promettre de dire la vérité, mais doit également *comprendre la nature de la promesse de dire la vérité.*

[25] Je ne peux pas accepter cette prétention. Il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Le libellé du par. 16(3), son historique, sa logique interne et son contexte législatif nous amènent à conclure que le par. 16(3) doit être interprété littéralement, sans qu’il soit besoin d’exiger que la personne démontre qu’elle comprend la nature de l’obligation de dire la vérité. La disposition exige seulement que la personne soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et qu’elle promette de dire la vérité.

[26] First, as already mentioned, this interpretation goes beyond the words used by Parliament. To insist that the witness demonstrate understanding of the nature of the obligation to tell the truth is to import a requirement into the section that Parliament did not place there. The first and cardinal principle of statutory interpretation is that one must look to the plain words of the provision. Where ambiguity arises, it may be necessary to resort to external factors to resolve the ambiguity: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 44. However, Parliament has clearly stated the requirements for finding adult witnesses with mental disabilities to be competent. Section 16 shows no ambiguity.

[27] Second, the history of s. 16 supports the view that Parliament intended to remove barriers that had prevented adults with mental disabilities from testifying prior to the 1987 amendments (S.C. 1987, c. 24). The amendments altered the common law rule, by virtue of which only witnesses under oath could testify. To take the oath or affirm, a witness must have an understanding of the duty to tell the truth: *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202. Adults with mental disabilities might not be able to do this. To remove this barrier, Parliament provided an alternative basis for competence for this class of individuals. Section 16(1) of the 1987 provision continued to maintain the oath or affirmation as the first option for adults with mental disabilities, but s. 16(3) provided for competence based simply on the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth.

[28] This history suggests that Parliament intended to eliminate an understanding of the abstract nature of the oath or solemn affirmation as a prerequisite for testimonial capacity. Failure to show that the witness *could demonstrate an understanding of the obligation to tell the truth* was no

[26] Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, cette interprétation va au-delà des mots employés par le législateur. En insistant pour que la personne démontre qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité, on introduit dans la disposition une condition que le législateur n'y a pas énoncée. Suivant le principe fondamental de l'interprétation des lois, il faut examiner le libellé explicite de la disposition. En cas d'ambiguïté, il peut être nécessaire d'avoir recours à des facteurs externes pour la dissiper : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 44. Toutefois, le législateur a clairement indiqué les conditions requises pour conclure qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle est habile à témoigner. L'article 16 ne comporte aucune ambiguïté.

[27] Deuxièmement, l'historique de l'art. 16 étaye le point de vue selon lequel le législateur voulait éliminer les obstacles qui, avant les modifications apportées en 1987 (L.C. 1987, ch. 24), avaient empêché des adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner. Les modifications ont changé la règle de common law en vertu de laquelle seules les personnes ayant prêté serment pouvaient témoigner. Pour prêter serment ou faire une affirmation solennelle, une personne doit comprendre l'obligation de dire la vérité : *R. c. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202. Des adultes ayant une déficience intellectuelle pourraient ne pas avoir cette faculté. Afin d'écartier cet obstacle, le législateur a prévu à l'égard des personnes de cette catégorie un autre fondement de l'habilité à témoigner. Le paragraphe 16(1) de la disposition de 1987 conservait encore le serment ou l'affirmation solennelle comme première possibilité dans le cas des adultes ayant une déficience intellectuelle, mais le par. 16(3) prévoyait que ces personnes étaient habiles à témoigner si elles étaient simplement capables de communiquer les faits dans un témoignage et si elles promettaient de dire la vérité.

[28] Cet historique donne à penser que le législateur voulait éliminer la condition préalable selon laquelle la personne, pour être habile à témoigner, devait comprendre la nature abstraite du serment ou de l'affirmation solennelle. Le défaut d'établir que la personne *pouvait démontrer qu'elle comprenait*

longer the end of the matter. Provided the witness (1) was able to *communicate the evidence*, and (2) promised to tell the truth, she should be allowed to testify.

[29] The drafters of s. 16(3) did not intend this provision to require an abstract understanding of the duty to tell the truth (see Appendix A). The original text of Bill C-15, which adopted the 1987 amendments, was changed by the Legislative Committee on Bill C-15 precisely to avoid that interpretation. The version of s. 16(3) first put before Parliament allowed testimony on promising to tell the truth if the witness was “sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified”. A discussion was held on the meaning of “sufficient intelligence”, after which the Committee concluded that all that was needed for a witness to be sufficiently intelligent was to understand the moral difference between telling the truth and lying. The Committee, fearing that this would open the door to abstract inquiries, ultimately replaced “sufficient intelligence” by “able to communicate the evidence”. The deliberations that followed emphasized the practical ability to communicate the evidence. There was no suggestion that ability to communicate the evidence accompanied by a promise to tell the truth implicitly imposed a requirement that the witness demonstrate a more abstract understanding of the duty to tell the truth.

[30] The historic background against which s. 16(3) was enacted explains why Parliament might have wished in 1987 to lower the requirements of testimonial competence for adults with mental disabilities, who are nonetheless capable of communicating the evidence. While adults with mental disabilities received little consideration in the pre-1987 case law, the inappropriateness of questioning children on abstract understandings of the truth had been noted and criticized. In *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), Dickson J. *ad hoc* (as he then was) rejected the practice of examining child witnesses on their religious beliefs and the philosophical meaning of truth. Meanwhile,

l'obligation de dire la vérité ne mettait plus fin à la question. Dès lors qu'elle (1) était capable de *communiquer les faits dans son témoignage* et qu'elle (2) promettait de dire la vérité, la personne devait être autorisée à témoigner.

[29] Les rédacteurs du par. 16(3) ne voulaient pas que cette disposition exige une compréhension abstraite de l'obligation de dire la vérité (voir annexe A). C'est précisément pour éviter une telle interprétation que le Comité législatif sur le projet de loi C-15 a modifié le texte original du projet de loi C-15 par lequel les modifications de 1987 ont été adoptées. La première version du par. 16(3) soumise au Parlement prévoyait qu'une personne pouvait témoigner en promettant de dire la vérité si elle était « suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié ». Après une discussion sur la signification de l'expression « suffisamment intelligente », le Comité a conclu qu'il fallait uniquement que le témoin apprécie la différence morale entre dire la vérité et mentir pour qu'il soit suffisamment intelligent. De crainte que cela n'ouvre la porte à des interrogatoires dans l'abstrait, le Comité a remplacé ces mots par « capable de communiquer les faits dans son témoignage ». Les délibérations qui ont suivi ont mis l'accent sur l'aptitude, en pratique, de communiquer les faits dans un témoignage. Rien n'indiquait que l'aptitude à communiquer les faits dans un témoignage, accompagnée d'une promesse de dire la vérité, exigeait implicitement du témoin qu'il comprenne de façon plus abstraite l'obligation de dire la vérité.

[30] Le contexte historique dans lequel le par. 16(3) a été adopté explique pourquoi le législateur a pu souhaiter, en 1987, assouplir les conditions relatives à l'habilité à témoigner imposées aux adultes ayant une déficience intellectuelle qui sont néanmoins capables de communiquer les faits dans leur témoignage. Bien qu'on ait accordé peu d'importance aux adultes ayant une déficience intellectuelle dans la jurisprudence antérieure à 1987, on avait souligné qu'il ne convenait pas de poser à des enfants des questions sur la compréhension qu'ils avaient, dans l'abstrait, de la vérité. Dans *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), le juge Dickson *ad hoc* (plus tard Juge

awareness of the sexual abuse of children and adults with mental disabilities was growing. To rule out the evidence of children and adults with mental disabilities at the stage of competence — the effect of the requirement of an abstract understanding of the nature of the obligation to tell the truth — meant their stories would never be told and their cases never prosecuted. These concerns explain why Parliament moved to simplify the competence test for adult witnesses with mental disabilities.

[31] Third, and flowing from this history, the internal logic of s. 16 negates the suggestion that “promising to tell the truth” in s. 16(3) must be read as implying an understanding of the obligation to tell the truth. Two procedures are provided by s. 16. The preferred option is testimony under oath or affirmation (s. 16(1)), and the alternative procedure is testimony on a promise to tell the truth (s. 16(3)). If the witness is required under s. 16(3) to demonstrate that she understands the obligation to tell the truth, s. 16(3) adds little, if anything, to s. 16(1). In both cases, the witness is required to articulate abstract concepts of the nature of truth and the nature of the obligation to tell the truth in court. The result is essentially to render s. 16(3) a dead letter and to negate the dual structure of the provision. This runs against the principle of statutory interpretation that Parliament does not speak in vain: *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838.

[32] Fourth, s. 16(4) indicates that ability to communicate the evidence is the only quality that an adult with mental disabilities must possess in order to testify under s. 16(3). Section 16(4) provides that

en chef du Canada) a rejeté la pratique consistant à poser à des enfants des questions sur leurs croyances religieuses et sur le sens philosophique de la vérité. Entre-temps, on prenait de plus en plus conscience de la violence sexuelle envers les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle. En raison de l'exclusion, à l'étape de l'examen de l'habilité à témoigner, des dépositions des enfants et des adultes ayant une déficience intellectuelle — la conséquence de l'obligation, pour ces derniers, de démontrer une compréhension abstraite de la nature de l'obligation de dire la vérité — ils ne pouvaient jamais faire le récit de leur expérience et aucune poursuite n'était entreprise. C'est en raison de ces problèmes que le législateur a simplifié le critère relatif à l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle.

[31] Troisièmement, en lien avec cet historique, la logique interne de l'art. 16 contredit la thèse suivant laquelle les mots « en promettant de dire la vérité » qui figurent au par. 16(3) doivent être interprétés comme supposant une compréhension de l'obligation de dire la vérité. L'article 16 prévoit deux façons de procéder. Le témoignage sous serment ou affirmation solennelle constitue la solution privilégiée (par. 16(1)), l'autre possibilité étant le témoignage fait en promettant de dire la vérité (par. 16(3)). Si la personne est tenue, en vertu du par. 16(3), de démontrer qu'elle comprend l'obligation de dire la vérité, ce paragraphe n'ajoute rien, ou bien peu, au par. 16(1). Dans les deux cas, la personne doit formuler les concepts abstraits que sont la nature de la vérité et la nature de l'obligation de dire la vérité devant le tribunal. Cette interprétation a essentiellement pour résultat que le par. 16(3) devient lettre morte et que la structure en deux volets de la disposition est réduite à néant. Cela va à l'encontre du principe de l'interprétation des lois selon lequel le législateur ne parle pas en vain : *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838.

[32] Quatrièmement, le par. 16(4) indique que la capacité de communiquer les faits dans son témoignage est la seule qualité qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle doit posséder afin de

the proposed witness is unable to testify if she neither understands the nature of an oath or solemn affirmation nor is able to communicate the evidence. It follows that the witness is competent to testify if she is able to communicate the evidence; she may testify on promising to tell the truth under s. 16(3). The qualities envisaged in s. 16 as basis for testimonial competence are mentioned in s. 16(4). Imposing an additional qualitative requirement to understand the nature of a promise to tell the truth would flout the utility of s. 16(4).

[33] Fifth, the legislative context speaks against reading s. 16(3) as requiring that an adult witness with mental disabilities understand the nature of the obligation to tell the truth. If this requirement is added to s. 16(3), the result is a different standard for the competence of adults with mental disabilities under s. 16(3) and children under s. 16.1 (enacted in 2005 (S.C. 2005, c. 32) pursuant to the “Brief on Bill C-2: Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada’s Criminal Justice System” (Child Witness Project, March 2005) (the “Bala Report”). As will be discussed more fully below, s. 16(3) governing the competence of adults with mental disabilities, and ss. 16.1(3), (5) and (6) governing the competence of children, set forth essentially the same requirements. Broadly speaking, both condition testimonial capacity on: (1) the ability to communicate or answer questions; and (2) a promise to tell the truth. While it was open to Parliament to enact different requirements for children and adults with the minds of children, consistency of Parliamentary intent should be assumed, absent contrary indications. No explanation has been offered as to why Parliament would consider a promise to tell the truth a meaningful procedure for children, but an empty gesture for adults with mental disabilities.

pouvoir témoigner en vertu du par. 16(3). Le paragraphe 16(4) prévoit que le témoin éventuel est incapable de témoigner s’il ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et s’il n’est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage. Il s’ensuit que la personne est habile à témoigner si elle est capable de communiquer les faits dans son témoignage; elle peut témoigner en promettant de dire la vérité aux termes du par. 16(3). Les qualités envisagées à l’art. 16 comme fondement de l’habilité à témoigner sont mentionnées au par. 16(4). L’imposition de la condition supplémentaire — comprendre la nature de la promesse de dire la vérité — équivaldrait à faire fi de l’utilité du par. 16(4).

[33] Cinquièmement, le contexte législatif va à l’encontre d’une interprétation du par. 16(3) exigeant qu’un adulte ayant une déficience intellectuelle comprenne la nature de l’obligation de dire la vérité. L’ajout de cette exigence au par. 16(3) créerait pour les adultes ayant une déficience intellectuelle une norme relative à l’habilité à témoigner différente de la norme prévue pour les enfants au par. 16.1 (adopté en 2005 (L.C. 2005, ch. 32) comme suite au mémoire « Brief on Bill C-2 : Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada’s Criminal Justice System » (Child Witness Project, mars 2005) (le « rapport Bala »)). Comme je l’expliquerai davantage plus loin, le par. 16(3) régissant l’habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, ainsi que les par. 16.1(3), (5) et (6) relatifs à l’habilité à témoigner des enfants, énoncent essentiellement les mêmes exigences. De façon générale, dans les deux dispositions, l’habilité à témoigner dépend des éléments suivants : (1) la capacité de communiquer ou de répondre aux questions; (2) la promesse de dire la vérité. Bien qu’il ait été loisible au législateur d’adopter des exigences différentes selon qu’il s’agisse d’enfants ou d’adultes ayant les capacités mentales d’un enfant, il faut présumer la constance de l’intention législative en l’absence d’indications contraires. Aucune explication n’a été avancée quant à savoir pourquoi le législateur estimerait que la promesse de dire la vérité est une solution valable pour les enfants mais vide de sens pour les adultes ayant une déficience intellectuelle.

[34] The foregoing reasons make a strong case that s. 16(3) should be read as requiring only two requirements for competence of an adult with mental disabilities: (1) ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. However, two arguments have been raised in opposition to this interpretation: first, without a further requirement of an understanding of the obligation to tell the truth, a promise to tell the truth is an “empty gesture”; second, Parliament’s failure in 2005 to extend to adults with mental disabilities the s. 16.1(7) prohibition on the questioning of children means that it intended this questioning to continue for adults. I will examine each argument in turn.

[35] The first argument is that unless an adult witness with mental disabilities is required to demonstrate that she understands the nature of the obligation to tell the truth, the promise is an “empty gesture”. However, this submission’s shortcoming is that it departs from the plain words of s. 16(3), on the basis of an assumption that is unsupported by any evidence and contrary to Parliament’s intent. Imposing an additional qualitative condition for competence that is not provided in the text of s. 16(3) would demand compelling demonstration that a promise to tell the truth cannot amount to a meaningful procedure for adults with mental disabilities. No such demonstration has been made. On the contrary, common sense suggests that the act of promising to tell the truth may be useful, even in the absence of the witness’s ability to explain what telling the truth means in abstract terms.

[36] Promising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose. A witness who is able to communicate the evidence, as required by s. 16(3), is necessarily able to relate events. This in turn implies an understanding of what really happened — i.e. the truth — as

[34] Les motifs qui précèdent exposent de façon convaincante que, suivant l’interprétation du par. 16(3) qui s’impose, un adulte ayant une déficience intellectuelle est habile à témoigner s’il satisfait à deux exigences seulement : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage; (2) la promesse de dire la vérité. Toutefois, deux arguments ont été soulevés à l’encontre de cette interprétation. Premièrement, sans exiger en plus que la personne comprenne l’obligation de dire la vérité, la promesse de dire la vérité reste « vide de sens ». Deuxièmement, si le législateur a omis, en 2005, d’appliquer aux adultes ayant une déficience intellectuelle l’interdiction prévue au par. 16.1(7) de poser des questions à des enfants, c’est parce qu’il voulait que l’on continue de poser des questions aux adultes. Je vais examiner successivement chacun de ces arguments.

[35] Selon le premier argument, la promesse de dire la vérité « est vide de sens » si le témoin adulte ayant une déficience intellectuelle n’est pas tenu de démontrer qu’il comprend la nature de l’obligation de dire la vérité. Toutefois, cette prétention comporte une lacune en ce qu’elle s’écarte du libellé explicite du par. 16(3) car elle repose sur une hypothèse qui n’est étayée par aucun élément de preuve et qui est contraire à l’intention du législateur. L’imposition, relativement à l’habilité à témoigner, d’une condition qualitative supplémentaire que ne prévoit pas le texte du par. 16(3) exigerait une démonstration convaincante qu’une promesse de dire la vérité n’offre pas une façon valable d’obtenir le témoignage d’un adulte ayant une déficience intellectuelle. Cette démonstration n’a pas été faite. Au contraire, le bon sens donne à penser que la promesse de dire la vérité peut être utile, même si la personne n’a pas la faculté d’expliquer en termes abstraits ce que signifie dire la vérité.

[36] La promesse est un acte visant à renforcer, dans l’esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique. Une personne qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage, comme l’exige le par. 16(3), est nécessairement capable de relater des

opposed to fantasy. When such a witness promises to tell the truth, this reinforces the seriousness of the occasion and the need to do so. In dealing with the evidence of children in s. 16.1, Parliament held that a promise to tell the truth was all that is required of a child capable of responding to questions. Parliament did not think a child's promise, without more, is an empty gesture. Why should it be otherwise for an adult with the mental ability of a child?

[37] The second argument raised in support of the proposition that “promising to tell the truth” in s. 16(3) implies a requirement that the witness must show that she understands the nature of the obligation to tell the truth is that Parliament has not enacted a ban on questioning adult witnesses with mental disabilities on the nature of the obligation to tell the truth, as it did for child witnesses in 2005 in s. 16.1(7). To understand this argument, we must briefly trace the history of s. 16.1.

[38] In 2005, following the Bala Report, Parliament once more modified the *Canada Evidence Act's* provisions on testimonial competence, but this time only with respect to children. The central focus of the 2005 legislation relating to the *Canada Evidence Act* was the competence of *child* witnesses, with the aim of altering the restrictive gloss the case law had placed on the previous provisions relating to the capacity of children to testify. Chief among this case law was *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197 (Ont. C.A.), which insisted that a child understand the nature of the obligation to tell the truth before the child could testify. Section 16.1, in unequivocal language, rejected this requirement. It stated:

16.1 (1) [Person under fourteen years of age] A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

événements. Cela sous-entend que la personne comprend ce qui s'est vraiment passé — c'est-à-dire la vérité — par opposition à l'imaginaire. Lorsqu'une telle personne promet de dire la vérité, cela confirme le caractère sérieux de la situation et la nécessité de dire la vérité. En ce qui concerne le témoignage des enfants dont il est question à l'art. 16.1, le législateur a conclu que la promesse de dire la vérité était tout ce qui était exigé de la part d'un enfant capable de répondre aux questions. Le législateur n'a pas envisagé que la promesse faite par un enfant, sans rien d'autre, est vide de sens. Pourquoi en serait-il autrement pour un adulte ayant la capacité mentale d'un enfant?

[37] Selon le deuxième argument soulevé à l'appui de l'affirmation selon laquelle les mots « en promettant de dire la vérité » figurant au par. 16(3) sous-entendent que la personne doit démontrer qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité, le législateur n'a pas adopté une interdiction de poser aux adultes ayant une déficience intellectuelle des questions quant à la nature de l'obligation de dire la vérité, comme il l'a fait pour les enfants en 2005, au par. 16.1(7). Pour bien saisir cet argument, il nous faut relater brièvement l'historique de l'art. 16.1.

[38] En 2005, comme suite au rapport Bala, le législateur a encore une fois modifié les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* portant sur l'habilité à témoigner, mais cette fois uniquement en ce qui a trait aux enfants. La loi de 2005 relative à la *Loi sur la preuve au Canada* portait principalement sur la compétence des *enfants* à rendre témoignage et visait à modifier l'interprétation restrictive, dans la jurisprudence, des dispositions antérieures relatives à l'habilité des enfants à témoigner. La décision la plus importante dans cette jurisprudence était *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197 (C.A. Ont.), laquelle exigeait d'un enfant qu'il comprenne la nature de l'obligation de dire la vérité avant de pouvoir témoigner. L'article 16.1, qui a rejeté cette exigence en termes non équivoques, est libellé comme suit :

16.1 (1) [Témoignage] Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) [No oath or solemn affirmation] A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) [Evidence shall be received] The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

(4) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) [Court inquiry] If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) [Promise to tell truth] The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) [Understanding of promise] No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) [Effect] For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

[39] Section 16.1, like s. 16(3) governing adult witnesses with mental disabilities, imposed two preconditions for the testimony of children: (1) that the child be able to understand and respond to questions (s. 16.1(5)); and (2) that the child promise to tell the truth (s. 16.1(6)). But, taking direct aim at *Khan's* insistence that children be questioned on their understanding of the nature of the obligation to tell the truth, s. 16.1(7) went on to state explicitly that children not “*be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court*”.

(2) [Témoignage non assermenté] Malgré toute disposition d'une loi exigeant le serment ou l'affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d'affirmation solennelle.

(3) [Témoignage admis en preuve] Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(4) [Charge de la preuve] La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter.

(5) [Enquête du tribunal] Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(6) [Promesse du témoin] Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) [Question sur la nature de la promesse] Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) [Effet] Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

[39] Tout comme le par. 16(3) régissant le témoignage des adultes ayant une déficience intellectuelle, l'art. 16.1 a imposé deux conditions préalables au témoignage des enfants : (1) l'enfant doit être capable de comprendre les questions et d'y répondre (par. 16.1(5)); (2) l'enfant doit promettre de dire la vérité (par. 16.1(6)). Mais, pour contrer l'arrêt *Khan* qui insistait pour que les enfants soient interrogés sur leur compréhension de la nature de l'obligation de dire la vérité, le législateur a énoncé explicitement au par. 16.1(7) qu'« *[a]ucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.* »

[40] The argument is that if Parliament had intended adult witnesses with mental disabilities to be competent to testify simply on the basis of the ability to communicate and the making of a promise, it would have enacted a ban on questioning them on their understanding of the nature of the obligation to tell the truth, as it did for child witnesses under s. 16.1(7). The absence of such a provision, it is said, requires us to draw the inference that Parliament intended that *adult* witnesses with mental disabilities *must* be questioned on the obligation to tell the truth.

[41] First, this argument overlooks the fact that Parliament's concern in enacting the 2005 amendment to the *Canada Evidence Act* was exclusively with children. The changes arose out of the Bala Report on the problems associated with prosecuting crimes against children. The Parliamentary debates on s. 16.1 attest to the fact that the focus of the 2005 amendment was on children, and only children.

[42] Moreover, it is apparent from the Parliamentary works on Bill C-2 that s. 16.1(7) was intended to confirm the existing formal requirement of a promise alone, and not to modify the law: see Appendix B. The record of the standing House of Commons committee which studied Bill C-2 contains a discussion between Joe Comartin and Professor Nicholas Bala, during a debate on the phrasing of s. 16.1(7), which revealed that the original intent of s. 16(3) was to allow children and adults with mental disabilities to testify by merely promising to tell the truth, once they were held to be able to communicate the evidence:

[Prof. Nicholas Bala:] . . . the concern I have arises out of the fact that the present legislation has been interpreted very narrowly by judges. When you actually go back through the transcripts — I was actually a witness in 1988, when the provisions came into effect — I think it was thought by people, well, we don't have to be very explicit here, because the judges will get this right.

[40] L'intimé plaide que si le législateur avait voulu que les adultes ayant une déficience intellectuelle soient habiles à témoigner tout simplement s'ils sont capables de communiquer les faits dans leur témoignage en promettant de dire la vérité, il aurait interdit expressément qu'ils soient interrogés sur leur compréhension de la nature de l'obligation de dire la vérité, comme il l'a fait pour les enfants au par. 16.1(7). L'absence d'une telle disposition, prétend-on, nous oblige à déduire que le législateur voulait que les *adultes* ayant une déficience intellectuelle soient *inévitablement* interrogés sur l'obligation de dire la vérité.

[41] Premièrement, cet argument ne tient pas compte du fait que, en adoptant en 2005 les modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur visait exclusivement les enfants. Les modifications ont été apportées comme suite au rapport Bala traitant des problèmes associés à la poursuite des actes criminels perpétrés contre les enfants. Les débats de la Chambre des communes portant sur l'art. 16.1 attestent que les modifications de 2005 avaient exclusivement trait aux enfants.

[42] En outre, il ressort des travaux parlementaires portant sur le projet de loi C-2 que le par. 16.1(7) visait à confirmer l'exigence formelle existante d'une promesse seulement, et non pas à modifier l'état du droit : voir l'annexe B. On trouve, aux procès-verbaux du comité parlementaire permanent de la Chambre des communes qui a étudié le projet de loi C-2, un échange entre Joe Comartin et le professeur Nicholas Bala survenu au cours d'un débat portant sur la formulation du par. 16.1(7); cet échange révèle que, à l'origine, le par. 16(3) devait permettre aux enfants et aux adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner en ne faisant que promettre de dire la vérité, dès qu'ils étaient jugés capables de communiquer les faits dans leur témoignage :

[Prof. Nicholas Bala:] . . . ma préoccupation découle du fait que la loi actuelle a été interprétée de façon très étroite par les juges. Quand on consulte les transcriptions — j'ai été témoin en 1988, quand les dispositions sont entrées en vigueur — je crois que les gens ont pensé : « Eh bien, nous n'avons pas besoin d'être explicites à cet endroit, car les juges comprendront. »

Obviously, on many issues we do have to trust our judiciary, but on certain issues I think it's important to give them as much direction as possible. My concern is that some judge might read this — and we have quite a lot of case law about this — and say, okay, I can't ask you about your understanding of the nature of the promise, but what about asking you questions about truth-telling? Parliament specifically said in subsection 16.1(6) that you'll be required to promise to tell the truth. We can't ask about the nature of the promise, but can we ask you about "truth" and "lie"? [Emphasis added; p. 7.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005)

[43] This view was confirmed by Ms. Catherine Kane, Director of the Policy Centre for Victim Issues of the Department of Justice Canada, during her opening statement to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs:

[Ms. Catherine Kane:] ... These amendments were made in 1988 with the purpose of trying to more readily permit children's evidence to be received. However, as the cases have interpreted this provision, we have not seen that ready acceptance of children's evidence.

If these two criteria are met, the child gives evidence under an oath or an affirmation. However, if the child does not understand the nature of the oath or the affirmation but has the ability to communicate the evidence, the evidence is received on a promise to tell the truth. That is the current law. While it may appear quite sensible on its face, the interpretations and practise of these provisions do not reflect Parliament's intention in amending the Evidence in an effort to permit children's evidence to be admitted more readily.

As interpreted by the courts, section 16 requires that before the child is permitted to testify, the child be subjected to an inquiry as to his or her understanding of the obligation to tell the truth, the concept of a promise, and an ability to communicate. [Emphasis added; pp. 105-6.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional*

Évidemment, nous devons faire confiance à notre magistrature au sujet d'un grand nombre de questions, mais, pour certains enjeux, je crois qu'il est important de les orienter le plus possible. Je crains qu'un juge lise ceci — et nous avons une imposante jurisprudence qui reflète cela — et se dis[e] : « Bon, je ne peux t'interroger pour déterminer si tu comprends la nature de la promesse, mais est-ce que je peux te poser des questions sur le sens de la vérité? » Le Parlement prévoit explicitement, au paragraphe 16.1(6), qu'ils seront tenus de promettre de dire la vérité. On ne peut interroger les enfants sur la nature de la promesse, mais est-ce qu'on peut leur poser des questions sur le sens de « vérité » et de « mensonge »? [Je souligne; p. 7.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, n° 26, 1^{re} sess., 38^e lég., 24 mars 2005)

[43] Cette opinion a été confirmée par M^{me} Catherine Kane, directrice du Centre de la politique concernant les victimes du ministère de la Justice du Canada, au cours de sa déclaration d'ouverture devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles :

[M^{me} Catherine Kane :] ... Ces modifications ont été apportées en 1988 pour rendre plus facilement acceptables les témoignages des enfants. Cependant, d'après la manière dont cette disposition a été interprétée dans certains procès, nous n'avons pas encore observé d'acceptation sans réserve de témoignages d'enfants.

Si ces deux critères sont respectés, un enfant témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle. Cependant, si l'enfant ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation mais est capable de communiquer la preuve, celle-ci est reçue sur promesse de dire la vérité. C'est la loi actuelle. Bien que cela puisse paraître logique à première vue, les interprétations et applications de ces dispositions ne reflètent pas l'intention du Parlement de modifier la Loi sur la preuve de manière à ce que les témoignages des enfants soient plus facilement acceptés.

Tel qu'il est interprété par les tribunaux, l'article 16 stipule qu'avant qu'un enfant soit autorisé à témoigner, il doit être assujéti à un interrogatoire pour déterminer son degré d'entendement de l'obligation de dire la vérité et du concept d'une promesse, et ses capacités de communiquer. [Je souligne; p. 105-106.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et*

Affairs, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005)

Therefore, it cannot be inferred that Parliament's failure to extend the express ban on questioning in s. 16.1(7) to adult witnesses shows an intent to permit such questioning of adult witnesses with mental disabilities.

[44] Second, as already mentioned, the wording of s. 16(3) governing the competence of adult witnesses had since 1987 required only a promise to tell the truth. There was no need for Parliament to add a provision on questioning an adult witness's understanding of the nature of the obligation to tell the truth in s. 16(3). The fact that Parliament did so 18 years later for children's evidence under s. 16.1(7) reflects concern with the fact that courts in children's cases, such as *Khan*, were continuing to engage in this type of questioning, instead of accepting a simple promise to tell the truth. It does not evince an intention that Parliament intended the words "promising to tell the truth" to have different meanings in ss. 16(3) and 16.1(6).

[45] Third, the argument that the enactment of s. 16.1(7) for children but not for adults endorsed as applicable to adult witnesses the earlier judicial interpretation of the provisions relating to children does not take into account s. 45 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides:

45. (1) [Repeal does not imply enactment was in force] The repeal of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve a declaration that the enactment was previously in force or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been previously in force.

(2) [Amendment does not imply change in law] The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

constitutionnelles, n^o 18, 1^{re} sess., 38^e lég., 7 juillet 2005)

Par conséquent, on ne peut conclure que l'omission du législateur d'appliquer aux adultes l'interdiction explicite de poser des questions qui figure au par. 16.1(7) révèle une intention de permettre que des questions soient posées aux adultes ayant une déficience intellectuelle.

[44] Deuxièmement, comme je l'ai déjà mentionné, le libellé du par. 16(3) régissant l'habilité des adultes à témoigner exigeait uniquement, depuis 1987, une promesse de dire la vérité. Il n'était pas nécessaire que le législateur ajoute au par. 16(3) une disposition interdisant que l'on interroge un adulte pour vérifier s'il comprend la nature de l'obligation de dire la vérité. Le fait que le législateur ait, 18 ans plus tard, ajouté une telle disposition au par. 16.1(7) relativement au témoignage des enfants traduit son inquiétude de voir que, dans les affaires relatives à des enfants, comme l'affaire *Khan*, les tribunaux permettaient toujours ce type d'interrogatoire plutôt que d'accepter une simple promesse de dire la vérité. Cela ne démontre pas que le législateur voulait que les mots « en promettant de dire la vérité » aient des significations différentes au par. 16(3) et au par. 16.1(6).

[45] Troisièmement, l'argument selon lequel l'adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants et non aux adultes a confirmé que l'interprétation judiciaire des dispositions ayant trait aux enfants s'applique aux adultes ne tient pas compte de l'art. 45 de la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui prévoit ce qui suit :

45. (1) [Absence de présomption d'entrée en vigueur] L'abrogation, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que le texte était auparavant en vigueur ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, le considérait comme tel.

(2) [Absence de présomption de droit nouveau] La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, les considérait comme telles.

(3) [Repeal does not declare previous law] The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

(4) [Judicial construction not adopted] A re-enactment, revision, consolidation or amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve an adoption of the construction that has by judicial decision or otherwise been placed on the language used in the enactment or on similar language.

[46] Section 45(3) of the *Interpretation Act* provides that the amendment of an enactment (in this case the adoption of s. 16.1(7)) shall not be deemed to involve any declaration as to the meaning of the previous law (in this case s. 16(3)). Therefore, no inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the mere adoption of s. 16.1(7) with respect to children.

[47] Additionally, s. 45(4) of the *Interpretation Act* states that the re-enactment of a provision (in this case, s. 16 with respect to adults with mental disabilities) is not sufficient to infer that Parliament adopted the provision's judicial interpretation which prevailed at the time of the re-enactment. It follows that the fact that s. 16 was re-enacted for adults with mental disabilities in 2005 does not, alone, imply that Parliament intended to countenance the judicial interpretation of this section which required understanding the obligation to tell the truth.

[48] Fourth, the argument that the absence of the equivalent of s. 16.1(7) in s. 16(3) means that adult witnesses with mental disabilities must demonstrate an understanding of the nature of the duty to speak the truth is logically flawed. The argument rests on the premise that s. 16(3), unless amended, requires an inquiry into the witness's understanding of the obligation to tell the truth. On this basis, it asserts that, unless the ban on questioning in s. 16.1(7) dealing with children is read into s. 16(3), such questioning must be conducted. Thus, my colleague Binnie J. states that “[t]he Crown invites us, in effect, to apply the ‘don’t ask’ rule governing

(3) [Absence de déclaration sur l'état antérieur du droit] L'abrogation ou la modification, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit.

(4) [Absence de confirmation de l'interprétation judiciaire] La nouvelle édicition d'un texte, ou sa révision, refonte, codification ou modification, n'a pas valeur de confirmation de l'interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues.

[46] Le paragraphe 45(3) de la *Loi d'interprétation* prévoit que la modification d'un texte (en l'espèce, l'adoption du par. 16.1(7)) ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit (en l'espèce, le par. 16(3)). Ainsi, aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de la simple adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants.

[47] De plus, le par. 45(4) de la *Loi d'interprétation* prévoit que la nouvelle édicition d'une disposition (en l'espèce, l'art. 16 relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle) ne permet pas d'inférer que le législateur a adopté l'interprétation judiciaire de la disposition qui prévalait à l'époque de la nouvelle édicition. Il s'ensuit que le fait que l'art. 16 ait été édicté de nouveau en 2005 en ce qui concerne les adultes ayant une déficience intellectuelle ne donne pas en soi à penser que le législateur voulait favoriser l'interprétation judiciaire de cet article qui exigeait que la personne comprenne l'obligation de dire la vérité.

[48] Quatrièmement, l'argument selon lequel l'absence, au par. 16(3), d'une disposition équivalente au par. 16.1(7) signifie que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité n'est pas logique. Cet argument repose sur l'hypothèse selon laquelle le par. 16(3), s'il n'est pas modifié, exige que l'on vérifie si la personne comprend l'obligation de dire la vérité. Sur ce fondement, on fait valoir que les adultes doivent être interrogés à moins que l'interdiction de poser des questions aux enfants qui figure au par. 16.1(7) ne soit considérée comme incluse au par. 16(3). Ainsi,

children to adults whose mental capacity is challenged” (para. 127).

[49] The fallacy in this argument is the starting assumption that s. 16(3) requires importing a “don’t ask” rule. As explained earlier, it does not. Section 16(3) sets two requirements for the competence of adults with mental disabilities: the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. It is self-sufficient. Nothing further need be imported.

[50] Fifth, and following from the previous point, the argument relies on the assumption that unless it can be shown that adult witnesses with mental disabilities are the same as, or like, child witnesses, adult witnesses with mental disabilities must be treated differently, and subjected to an inquiry into their understanding of the nature of the obligation to tell the truth before they can be held competent to testify. Thus Binnie J. states that before s. 16(3) can be read as importing the “don’t ask” rule, it is for the Crown to establish that there is no difference between children and adults with mental disabilities on the test of what reasonable people would accept. He opines that an assertion of equivalency is “pure assertion on a key issue” (para. 130).

[51] There are several answers to this “equivalency” argument. First, like the previous argument, it rests on the mistaken assumption that the Crown asks us to import a “don’t ask” rule into s. 16(3). The plain words of s. 16(3) do not require an understanding of the obligation to tell the truth, and it is for the party seeking to depart from the text of s. 16(3) to demonstrate that adults with mental disabilities should be treated differently from children. Second, the argument suffers from inconsistency. It claims that the equivalency of the vulnerabilities of these two groups of witnesses is “pure assertion

selon mon collègue le juge Binnie, « [l]e ministère public nous invite, en réalité, à appliquer aux adultes dont la capacité mentale est mise en question la règle interdisant de poser des questions aux enfants » (par. 127).

[49] Cet argument est fallacieux car il suppose au départ qu’il faut incorporer au par. 16(3) une règle interdisant de poser des questions. Comme je l’ai déjà expliqué, ce n’est pas le cas. Le paragraphe 16(3) énonce deux conditions relatives à l’habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle : la capacité de communiquer les faits dans leur témoignage et la promesse de dire la vérité. Cette disposition est complète en soi. Il n’y a rien d’autre à y incorporer.

[50] Cinquièmement, et dans la lignée de ce qui précède, l’argument repose sur l’hypothèse voulant que, sauf s’il peut être démontré que les adultes ayant une déficience intellectuelle sont comme les enfants, ou leur ressemblent, alors ils doivent être traités différemment et doivent subir un interrogatoire pour que l’on vérifie, avant de déterminer s’ils sont habiles à témoigner, qu’ils comprennent la nature de l’obligation de dire la vérité. Ainsi, le juge Binnie affirme que, avant que l’on incorpore au par. 16(3) la règle interdisant de poser des questions, le ministère public doit démontrer qu’il n’existe aucune différence entre les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle selon le critère de ce qu’accepteraient des personnes raisonnables. Il est d’avis qu’une prétention d’équivalence n’est que « pure prétention relativement à une question clé » (par. 130).

[51] Il existe plusieurs façons de répondre à cet argument de l’« équivalence ». Premièrement, à l’instar de l’argument précédent, il repose sur l’hypothèse erronée voulant que le ministère public nous demande d’incorporer au par. 16(3) une règle interdisant de poser des questions. Le libellé explicite du par. 16(3) n’exige pas que la personne comprenne l’obligation de dire la vérité, et il appartient à la partie qui cherche à dévier du texte du par. 16(3) de démontrer que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent être traités différemment des enfants. Deuxièmement, l’argument est incohérent.

on a key issue”, but at the same time claims that the previous judge-made law for children (*Khan*) should apply to adult witnesses with mental disabilities. Third, one may question how equivalency, were it needed, should be established: Is the proper approach to competence what reasonable people would conclude, or judicial opinion informed by assessment of the situation and expert opinion?

[52] The final and most compelling answer to the equivalency argument is simply this: When it comes to testimonial competence, precisely what, one may ask, is the difference between an adult with the mental capacity of a six-year-old, and a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old? Parliament, by applying essentially the same test to both under s. 16(3) and s. 16.1(3) and (6) of the *Canada Evidence Act*, implicitly finds no difference. In my view, judges should not import one.

[53] I conclude that s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, properly interpreted, establishes two requirements for an adult with mental disabilities to take the stand: the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. A further requirement that the witness demonstrate that she understands the nature of the obligation to tell the truth should not be read into the provision.

C. *The Jurisprudence*

[54] I have concluded that s. 16(3), on its plain words and in its context, reveals only two requirements for an adult with mental disabilities to have the capacity to testify: (1) that the witness be able to communicate the evidence, and (2) that the person promise to tell the truth. It is necessary next to consider whether the jurisprudence requires a different result. My colleague Binnie J. argues that the cases, and in particular *Khan*, require that “promising to

D’une part, selon cet argument, l’équivalence entre ces deux groupes de témoins vulnérables n’est que « pure prétention relativement à une question clé », mais d’autre part, toujours selon cet argument, le droit jurisprudentiel relatif aux enfants (*Khan*) devrait s’appliquer aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Troisièmement, il faut se demander de quelle façon établir l’équivalence, si elle est nécessaire : la démarche qu’il convient d’adopter à l’égard de l’habilité à témoigner est-elle ce qu’une personne raisonnable pourrait conclure, ou ce que le juge peut conclure en se fondant sur une appréciation de la situation et les opinions d’experts?

[52] La réponse finale, et la plus convaincante, à l’argument de l’équivalence est tout simplement celle-ci : en ce qui concerne l’habilité à témoigner, on peut se demander quelle est la différence, précisément, entre un adulte ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans et un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans. En appliquant essentiellement le même critère aux par. 16(3), 16.1(3) et 16.1(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur conclut implicitement qu’il n’y a aucune différence. Selon moi, les juges ne devraient pas en introduire une.

[53] Je conclus que le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, interprété correctement, prévoit deux conditions pour qu’un adulte ayant une déficience intellectuelle témoigne : il doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage et promettre de dire la vérité. Il n’y a pas lieu d’incorporer à la disposition une condition supplémentaire voulant que la personne démontre qu’elle comprend la nature de l’obligation de dire la vérité.

C. *La jurisprudence*

[54] J’ai conclu que suivant le libellé explicite et le contexte du par. 16(3), seulement deux conditions sont requises pour qu’un adulte ayant une déficience intellectuelle soit habile à témoigner : (1) la personne doit être en mesure de communiquer les faits dans son témoignage, et (2) la personne doit promettre de dire la vérité. Il faut ensuite se demander si la jurisprudence exige un résultat différent. Mon collègue le juge Binnie prétend

tell the truth” in s. 16(3) must be read as impliedly importing an additional requirement — an understanding of the nature of the obligation engaged by the promise. With respect, I cannot agree.

[55] It is necessary at the outset to describe what *Khan* decided. *Khan* was concerned with the predecessor of s. 16, which was first enacted in 1893 (S.C. 1893, c. 31, s. 25) and dealt only with children. The provision required that the proposed witness “understan[d] the duty of speaking the truth”. This phrase was deleted when the provision was amended in 1987. Explaining the statutory requirement that the witness must “understan[d] the duty of speaking the truth” in *Khan*, Robins J.A. stated:

To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity to tell the truth, and promises to do so. [Emphasis added; p. 206.]

[56] This oft-cited statement of the law proved difficult to apply. The first sentence suggests that the threshold for testimonial competence is low, based on truth telling in “everyday social conduct”. This suggests that the judge need only be satisfied that the witness understands the difference between truth and falsehood in relation to everyday matters and activities — not in some abstract metaphysical sense. The second sentence in this passage from *Khan*, specifically the phrases “knows that it is wrong to lie” and “understands the necessity to tell the truth” (emphases added), move beyond everyday social conduct into more abstract, philosophical realms. In *obiter*, Robins J.A. opined that the same test should be applied to the post-1987 section, on the grounds that without the requirement

que la jurisprudence, et notamment l’arrêt *Khan*, exige que les mots « en promettant de dire la vérité » qui figurent au par. 16(3) soient interprétés comme incorporant implicitement une condition supplémentaire — que la personne comprenne la nature de l’obligation qui découle de la promesse. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion.

[55] D’entrée de jeu, il est nécessaire d’exposer la décision dans l’arrêt *Khan*. L’arrêt portait sur la disposition antérieure à l’art. 16, adoptée pour la première fois en 1893 (S.C. 1893, ch. 31, art. 25), qui n’avait trait qu’aux enfants. La disposition exigeait du témoin éventuel qu’il « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». Ces mots ont été supprimés lorsque la disposition a été modifiée en 1987. Expliquant l’exigence prévue par la loi selon laquelle le témoin doit « comprend[re] le devoir de dire la vérité », le juge Robins de la Cour d’appel a déclaré ce qui suit dans *Khan* :

[TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n’est pas donné sous serment, il suffit que l’enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l’enfant comprend la différence entre la vérité et le mensonge, s’il sait qu’il n’est pas bien de mentir, s’il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. [Je souligne; p. 206.]

[56] L’application de cet énoncé du droit maintes fois cité s’est révélée difficile. La première phrase donne à penser que le critère relatif à l’habilité à témoigner est peu exigeant; il suffit de dire la vérité au sens de la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne ». Cela donne à penser que le juge doit simplement être convaincu que le témoin comprend la différence entre la vérité et le mensonge dans le contexte de la vie quotidienne — et non pas dans un contexte métaphysique abstrait. La deuxième phrase figurant dans ce passage tiré de *Khan*, plus précisément les mots « sait qu’il n’est pas bien de mentir » et « comprend la nécessité de dire la vérité » (je souligne), vont plus loin que la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. Ils relèvent du domaine plus abstrait

that the witness understand what a promise is and the importance of keeping it, the promise would be an “empty gesture”.

[57] In *R. v. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445, the Ontario Court of Appeal adopted this *obiter dictum* and applied it to the post-1987 version of s. 16(3), the provision applicable in this case. Other provincial courts of appeal followed suit: *R. v. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. v. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301 (Man.); *R. v. S.M.S.* (1995), 160 N.B.R. (2d) 182. In *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, a minority of this Court, *per* McLachlin J., held that a child was incompetent to testify on the basis of his inability to *communicate* the evidence, referring to *Farley* with approval; the question of whether s. 16(3) incorporated the *Khan* test was not at issue in that case. Appellate courts continue to require demonstration of an understanding of the duty to speak the truth under s. 16(3): *R. v. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342 (B.C.); *R. v. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89 (Nfld.); *R. v. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554 (Ont.); *R. v. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. v. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. v. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192. In the case at bar, the Ontario Court of Appeal affirmed that view, upholding the trial judge’s insistence on the understanding of the duty to speak the truth not merely in “everyday social conduct”, but on an understanding of the duty *abstracted* from everyday situations.

[58] This is the first case in which this Court has been squarely called upon to interpret s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* and confront the legacy of the *obiter dicta* in *Khan*. In my view, the test proposed in *Khan* is unhelpful and inapplicable, insofar as it is read as requiring or condoning an

de la philosophie. Dans une remarque incidente, le juge Robins a exprimé l’avis que le même critère devrait être appliqué à la disposition adoptée en 1987, car la promesse serait un « geste vide de sens » si l’on n’exigeait pas du témoin qu’il comprenne ce qu’est une promesse et l’importance de la respecter.

[57] Dans l’arrêt *R. c. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445, la Cour d’appel de l’Ontario a adopté cette remarque incidente et l’a appliquée à la version de 1987 du par. 16(3), la disposition applicable en l’espèce. D’autres cours d’appel provinciales ont emboîté le pas : *R. c. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. c. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301 (Man.); *R. c. S.M.S.* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 182. Dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, le juge McLachlin, au nom des juges minoritaires de la Cour, a cité avec approbation l’arrêt *Farley* pour conclure qu’un enfant était inhabile à témoigner en raison de son incapacité à *communiquer* les faits dans son témoignage; la question de savoir si le par. 16(3) incorporait le critère formulé dans l’arrêt *Khan* n’a pas été soulevée dans cette affaire. Les tribunaux d’appel exigent toujours que la personne démontre qu’elle comprend l’obligation de dire la vérité en vertu du par. 16(3) : *R. c. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342 (C.-B.); *R. c. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89 (T.-N.); *R. c. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554 (Ont.); *R. c. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. c. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. c. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192. En l’espèce, la Cour d’appel de l’Ontario a confirmé ce point de vue, en approuvant l’accent mis par le juge du procès sur la nécessité pour la personne de comprendre l’obligation de dire la vérité non pas seulement dans la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne », mais également que la personne comprenne l’obligation *sans égard* aux situations de tous les jours.

[58] Il s’agit en l’espèce de la première affaire dans laquelle la Cour est directement appelée à interpréter le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* et est confrontée à l’héritage laissé par les remarques incidentes formulées dans *Khan*. Selon moi, le critère proposé dans *Khan* n’est d’aucune

abstract inquiry into the nature of the obligation to tell the truth.

[59] First and foremost, *Khan* was concerned with a substantially different pre-1987 version of s. 16, which was adopted in 1893 and which explicitly required that the proposed witness “understands the duty of speaking the truth”. The current provision requires only that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth. It speaks only of two practical, less abstract, requirements — the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. In short, *Khan* imposed a requirement to demonstrate understanding of the nature of the obligation to tell the truth, based on the phrase “understands the duty of speaking the truth”. That phrase has been removed from the current s. 16(3). It follows that *Khan* simply does not apply to this case, and that the *obiter dictum* in *Khan* suggesting that it does should be rejected. In 1987, Parliament deleted the requirement of understanding the nature of the duty to tell the truth. Judges should not bring it back in.

[60] Second, the *Khan* test, as already noted, is ambivalent. It first suggests that all that is required is an understanding of the duty to speak the truth “in terms of ordinary everyday social conduct” (p. 206). However, it then goes on to illustrate this test in terms abstracted from everyday social conduct. In my view, the former approach is preferable.

[61] This lower threshold recognizes that witnesses of limited mental ability, whether by reason of age or disability, understand and articulate events in the concrete terms of the world around them. The capacity to abstract from the concrete and draw generalizations about conduct unrelated to concrete situations typically develops at a later, more advanced stage of mental development. A

utilité et est inapplicable, dans la mesure où il est interprété comme exigeant ou justifiant un interrogatoire dans l’abstrait sur la nature de l’obligation de dire la vérité.

[59] D’abord et avant tout, l’arrêt *Khan* portait sur une version très différente, antérieure à 1987, de l’art. 16. Cette version, adoptée en 1893, exigeait explicitement que le témoin éventuel « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». La disposition actuelle exige seulement que la personne soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et promette de dire la vérité. Elle n’impose que deux conditions pratiques, moins abstraites — la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et une promesse de dire la vérité. En bref, en se fondant sur les mots « comprend le devoir de dire la vérité », la cour dans l’arrêt *Khan* a imposé l’obligation pour la personne de démontrer qu’elle comprend la nature de l’obligation de dire la vérité. Ces mots ont été radiés dans la version actuelle du par. 16(3). Il s’ensuit que l’arrêt *Khan* ne s’applique tout simplement pas en l’espèce et qu’il faut rejeter la remarque incidente formulée dans *Khan* donnant à penser que cet arrêt s’applique toujours. En 1987, le législateur a supprimé l’exigence pour la personne de comprendre la nature de l’obligation de dire la vérité. Les juges ne devraient pas la réintroduire.

[60] Deuxièmement, le critère formulé dans l’arrêt *Khan*, comme je l’ai déjà signalé, est ambivalent. Il laisse d’abord entendre que le par. 16(3) exige seulement une compréhension du devoir de dire la vérité [TRADUCTION] « au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne » (p. 206). Toutefois, il poursuit en décrivant ce critère en termes qui font abstraction de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. Pour ma part, je préfère la première approche.

[61] Selon ce critère moins exigeant, les personnes ayant une capacité mentale limitée, en raison de leur âge ou d’une incapacité, comprennent concrètement les événements dans le monde qui les entoure et sont en mesure de les décrire. La capacité de considérer les choses dans l’abstrait et de faire des généralisations à propos de comportements non liés à des situations concrètes apparaît

child or adult with mental disabilities may be able to distinguish between what is true and false or right and wrong in a particular situation, yet lack the ability to articulate in general language the reasons for this understanding. To insist on the articulation of the nature of the obligation to tell the truth, abstracted from particular situations, may result in the witness's evidence being excluded, even though it is reliable.

[62] Third, as discussed above, Parliament's response to *Khan's* insistence on an understanding of the duty to speak the truth in abstract terms and the metaphysical questioning this insistence gave rise to, was to expressly forbid such inquiries in the case of children by enacting s. 16.1(7) in 2005. Why then, one may ask, should courts struggle to read a contrary purpose into the plain language of s. 16, which requires only a concrete inquiry into whether the proposed witness can communicate the evidence and a promise to tell the truth?

[63] I conclude that, insofar as the authorities suggest that "promising to tell the truth" in s. 16(3) should be read as requiring an abstract inquiry into an understanding of the obligation to tell the truth, they should be rejected. All that is required is that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth.

D. *Policy Considerations*

[64] I have concluded that s. 16(3) imposes two requirements for the testimonial competence of an adult with mental disabilities: (1) the ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. It is unnecessary and indeed undesirable to conduct an abstract inquiry into whether the witness generally understands the difference between truth and falsity and the obligation to give true evidence in court. Mentally limited people may well understand the difference between the truth and

généralement à un stade plus avancé du développement mental. Un enfant ou un adulte ayant une déficience intellectuelle peut, dans une situation donnée, être capable de distinguer le vrai du faux, ou le bien du mal, mais ne pas pouvoir formuler en langage ordinaire les raisons de cette compréhension. Insister sur la formulation de la nature de l'obligation de dire la vérité, sans égard à des situations particulières, peut avoir pour conséquence que le témoignage de la personne soit exclu, même s'il est fiable.

[62] Troisièmement, comme je l'ai déjà mentionné, en adoptant le par. 16.1(7) en 2005 en réponse à l'accent mis dans l'arrêt *Khan* sur la compréhension, en termes abstraits, du devoir de dire la vérité et des questions d'ordre métaphysique que cet accent engendrait, le législateur a interdit explicitement ces interrogatoires lorsque des enfants sont en cause. Il faut alors se demander pourquoi les tribunaux s'évertueraient à donner un sens contraire au libellé clair de l'art. 16, lequel oblige seulement le juge à vérifier si, concrètement, le témoin éventuel est capable de communiquer les faits dans son témoignage et s'il promet de dire la vérité.

[63] Je conclus que dans la mesure où les autorités prétendent que les mots « en promettant de dire la vérité » figurant au par. 16(3) devraient être interprétés comme obligeant le juge de s'assurer que la personne comprend, dans l'abstrait, ce qu'est l'obligation de dire la vérité, leurs décisions doivent être rejetées. Tout ce qui est exigé, c'est que le témoin soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et qu'il promette de dire la vérité.

D. *Considérations de politique générale*

[64] J'ai conclu que le par. 16(3) impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner d'un adulte ayant une déficience intellectuelle : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et (2) une promesse de dire la vérité. Il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite à la personne afin de voir si elle comprend d'une manière générale la différence entre la vérité et la fausseté et l'obligation de dire la vérité devant le tribunal. Des

a lie and know they should tell the truth, without being able to articulate in general terms the nature of truth or why and how it fastens on the conscience in a court of law. Section 16(3), in assessing the witness's capacity, focuses on the concrete acts of communicating and promising. The witness is not required to explain the difference between the truth and a lie, or what makes a promise binding. I have argued that this result follows from the plain words of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, and that judges should not by implication add other elements to the dual requirements of an ability to communicate evidence and a promise to tell the truth imposed by s. 16(3).

[65] The discussion of the proper interpretation of s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* would not be complete, however, without addressing the policy concerns underlying the issue. Two potentially conflicting policies are in play. The first is the social need to bring to justice those who sexually abuse people of limited mental capacity — a vulnerable group all too easily exploited. The second is to ensure a fair trial for the accused and to prevent wrongful convictions.

[66] The first policy consideration is self-evident and requires little amplification. Those with mental disabilities are easy prey for sexual abusers. In the past, mentally challenged victims of sexual offences have been frequently precluded from testifying, not on the ground that they could not relate what happened, but on the ground that they lacked the capacity to articulate in abstract terms the difference between the truth and a lie and the nature of the obligation imposed by promising to tell the truth. As discussed earlier, such witnesses may well be capable of telling the truth and in fact understanding that when they do promise, they should tell the truth. To reject this evidence on the ground that they cannot explain the nature of the

personnes ayant des capacités intellectuelles limitées peuvent bien faire la différence entre la vérité et le mensonge et savoir qu'elles doivent dire la vérité, sans être capables d'énoncer en termes généraux la nature de la vérité ou pourquoi et en quoi cela fait appel à la conscience dans une cour de justice. En ce qui a trait à l'appréciation de la capacité du témoin, le par. 16(3) met l'accent sur les actes concrets que sont la communication et la promesse. Le témoin n'a pas à expliquer la différence entre la vérité et le mensonge, ou ce qui rend une promesse obligatoire. J'ai indiqué que cela découle du libellé explicite de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et que les juges ne devraient pas ajouter implicitement d'autres éléments aux conditions de capacité de communiquer les faits dans son témoignage et de promesse de dire la vérité qu'impose le par. 16(3).

[65] L'analyse relative à l'interprétation correcte du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne serait toutefois pas complète sans que soient abordées les considérations de politique générale qui sous-tendent cette question. Deux principes susceptibles de s'opposer entrent en jeu. Le premier est le besoin social de traduire en justice ceux qui agressent sexuellement des personnes ayant des capacités mentales limitées — un groupe vulnérable trop facilement exploité. Le deuxième est la nécessité de garantir la tenue d'un procès équitable pour l'accusé et de prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées.

[66] La première considération de politique générale va de soi et demande peu de précision. Les personnes ayant une déficience intellectuelle sont des proies faciles pour les agresseurs sexuels. Dans le passé, les victimes d'agressions sexuelles ayant une déficience intellectuelle ont souvent été empêchées de témoigner, non pas parce qu'elles ne pouvaient pas relater ce qui s'était passé, mais parce qu'elles n'étaient pas capables d'exprimer en termes abstraits la différence entre la vérité et le mensonge et la nature de l'obligation qu'impose la promesse de dire la vérité. Comme je l'ai déjà expliqué, ces personnes sont peut-être capables de dire la vérité et, en fait, de comprendre que lorsqu'elles promettent de dire la vérité, elles doivent dire la vérité.

obligation to tell the truth in philosophical terms that even those possessed of normal intelligence may find challenging is to exclude reliable and relevant evidence and make it impossible to bring to justice those charged with crimes against the mentally disabled.

[67] The inability to prosecute such crimes and see justice done, whatever the outcome, may be devastating to the family of the alleged victim, and to the victim herself. But the harm does not stop there. To set the bar too high for the testimonial competence of adults with mental disabilities is to permit violators to sexually abuse them with near impunity. It is to jeopardize one of the fundamental desiderata of the rule of law: that the law be enforceable. It is also to effectively immunize an entire category of offenders from criminal responsibility for their acts and to further marginalize the already vulnerable victims of sexual predators. Without a realistic prospect of prosecution, they become fair game for those inclined to abuse.

[68] What then of the policy considerations on the other side of the equation? Here again, the starting point is clear. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees a fair trial to everyone charged with a crime. This right cannot be abridged; an unfair trial can never be condoned.

[69] It is neither necessary nor wise to enter on the vast subject of what constitutes a fair trial. One searches in vain for exhaustive definitions in the jurisprudence. Rather, the approach taken in the jurisprudence is to ask whether particular rules or occurrences render a trial unfair. It is from that perspective that we must approach this issue in this case.

Rejeter leur témoignage au motif qu'elles ne peuvent pas expliquer en termes philosophiques la nature de l'obligation de dire la vérité, ce que même les personnes ayant une intelligence normale peuvent avoir de la difficulté à faire, équivaut à écarter des témoignages fiables et pertinents et à empêcher que soient traduits en justice des auteurs de crimes contre des personnes ayant une déficience intellectuelle.

[67] L'incapacité d'intenter des poursuites relativement à ces crimes afin que justice soit faite, quelle que soit l'issue de la cause, peut avoir un effet dévastateur pour la famille de la victime, et pour la victime elle-même. Mais le préjudice ne s'arrête pas là. En fixant des critères trop exigeants relativement à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, on permet à des contrevenants d'agresser sexuellement ces personnes presque impunément, ce qui compromet l'un des *desiderata* fondamentaux de la règle de droit, à savoir que la loi doit être susceptible d'application. Ainsi, une catégorie entière de contrevenants se trouvent dégagés de toute responsabilité criminelle relativement à leurs actes et l'on marginalise davantage les victimes déjà vulnérables des prédateurs sexuels. À défaut de véritables possibilités que des poursuites soient intentées, ces victimes sont laissées sans défense face à leurs agresseurs.

[68] Qu'en est-il alors des considérations de politique générale relatives à l'autre aspect de l'équation? Là encore, le point de départ est clair. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la tenue d'un procès équitable à toute personne accusée d'un acte criminel. Ce droit ne peut pas être enfreint; un procès inéquitable n'est jamais acceptable.

[69] Il n'est ni nécessaire ni sage d'aborder le vaste sujet de ce qui constitue un procès équitable. On cherchera en vain des définitions exhaustives dans la jurisprudence. L'approche retenue par les tribunaux consiste plutôt à déterminer si des règles ou des faits particuliers rendent un procès inéquitable. C'est dans cette optique qu'il nous faut aborder ce sujet en espèce.

[70] The question is this: Does allowing an adult witness with mental disabilities to testify when the witness can communicate the evidence and promises to tell the truth render a trial unfair? In my view, the answer to this question is no.

[71] The common law, upon which our current rules of evidence are founded, recognized a variety of rules governing the capacity to testify in different circumstances. The golden thread uniting these varying and different rules is the principle that the evidence must meet a minimal threshold or reliability as a condition of being heard by a judge or jury. Generally speaking, this threshold of reliability is met by establishing that the witness has the capacity to understand and answer the questions put to her, and by bringing home to the witness the need to tell the truth by securing an oath, affirmation or promise. There is no guarantee that any witness — even those of normal intelligence who can take the oath or affirm — will in fact tell the truth, all the truth, or nothing but the truth. What the trial process seeks is merely a basic indication of reliability.

[72] Many cases, including *Khan*, have warned against setting the threshold for the testimonial competence too high for adults with mental disabilities: *R. v. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Farley*; *Parrott*. This reflects the fact that such witnesses may be capable of giving useful, relevant and reliable evidence. It also reflects the fact that allowing the witness to testify is only the first step in the process. The witness's evidence will be tested by cross-examination. The trier of fact will observe the witness's demeanour and the way she answers the questions. The result may be that the trier of fact does not accept the witness's evidence, accepts only part of her evidence, or reduces the weight accorded to her evidence. This is a task that judges and juries perform routinely in a myriad of cases involving witnesses of unchallenged as well as challenged mental ability.

[70] La question est la suivante : le fait de permettre à une personne adulte ayant une déficience intellectuelle de témoigner lorsqu'elle peut communiquer les faits dans son témoignage et qu'elle promet de dire la vérité rend-il un procès inéquitable? Selon moi, il faut répondre non à cette question.

[71] La common law, le fondement de nos règles de preuve actuelles, prévoit diverses règles régissant l'habilité à témoigner dans différentes circonstances. Le fil d'or qui unit ces règles différentes et variables est le principe selon lequel le témoignage doit satisfaire à un seuil minimal de fiabilité pour qu'il soit présenté à un juge ou un jury. En règle générale, ce seuil de fiabilité est satisfait s'il est établi que le témoin a la faculté de comprendre les questions qui lui sont posées et d'y répondre, et si le témoin comprend qu'après avoir prêté serment ou fait une promesse ou une affirmation solennelle, il doit dire la vérité. Rien ne garantit qu'un témoin — même un témoin doué d'une intelligence normale qui peut prêter serment ou faire une affirmation solennelle — dira vraiment la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. On recherche simplement dans le cadre du procès un indice élémentaire de fiabilité.

[72] De nombreuses décisions, notamment l'arrêt *Khan*, ont mis en garde contre le danger de fixer des exigences trop élevées relativement à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle : *R. c. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Farley*; *Parrott*. Cela traduit le fait que ces personnes peuvent être capables de rendre un témoignage utile, pertinent et fiable, et qu'en leur permettant de témoigner, elles franchissent seulement la première étape du processus. La déposition du témoin sera vérifiée par contre-interrogatoire. Le juge des faits examinera le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions. Il peut arriver que le juge des faits écarte la déposition de cette personne, qu'il ne la retienne qu'en partie ou qu'il y accorde une importance moindre. Il s'agit d'une tâche que les juges et les jurés effectuent couramment dans d'innombrables affaires mettant en cause des témoins dont les capacités mentales peuvent être, ou ne pas être, mises en question.

[73] The requirement that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth satisfies the low threshold for competence in cases such as this. Once the witness is allowed to testify, the ultimate protection of the accused's right to a fair trial lies in the rules governing admissibility of evidence and in the judge's or jury's duty to carefully assess and weigh the evidence presented. Together, these additional safeguards offer ample protection against the risk of wrongful conviction.

E. Summary of the Section 16(3) Test

[74] To recap, s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* imposes two conditions for the testimonial competence of adults with mental disabilities:

- (1) the witness must be able to communicate the evidence; and
- (2) the witness must promise to tell the truth.

Inquiries into the witness's understanding of the nature of the obligation this promise imposes are neither necessary nor appropriate. It is appropriate to question the witness on her ability to tell the truth in concrete factual circumstances, in order to determine if she can communicate the evidence. It is also appropriate to ask the witness whether she in fact promises to tell the truth. However, s. 16(3) does not require that an adult with mental disabilities demonstrate an understanding of the nature of the truth *in abstracto*, or an appreciation of the moral and religious concepts associated with truth telling.

[75] The following observations may be useful when applying s. 16(3) in the context of s. 16 of the *Canada Evidence Act*.

[76] First, the *voir dire* on the competence of a proposed witness is an independent inquiry: it may

[73] La prescription selon laquelle le témoin doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage et doit promettre de dire la vérité satisfait au seuil peu exigeant relatif à l'habileté à témoigner dans les cas comme celui en l'espèce. Dès lors que la personne est autorisée à témoigner, la protection du droit de l'accusé à un procès équitable repose ultimement sur les règles régissant l'admissibilité de la preuve et sur l'obligation du juge ou du jury d'examiner et d'apprécier soigneusement la preuve. Ensemble, ces mesures de sauvegarde supplémentaires offrent une protection adéquate contre le risque de déclaration de culpabilité injustifiée.

E. Résumé du critère prévu au par. 16(3)

[74] Pour résumer, le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* impose deux conditions relativement à l'habileté à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle :

- (1) la personne doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage;
- (2) la personne doit promettre de dire la vérité.

Il n'est ni nécessaire ni opportun de vérifier si la personne comprend la nature de l'obligation que cette promesse comporte. Il convient de poser à la personne des questions sur son aptitude à dire la vérité dans des circonstances factuelles concrètes, afin de déterminer si elle peut communiquer les faits dans son témoignage. Il convient également de demander à la personne si elle promet de dire la vérité. Toutefois, le par. 16(3) n'exige pas qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle démontre qu'il comprend la nature de la vérité *in abstracto* ou qu'il comprend les concepts moraux et religieux liés au devoir de dire la vérité.

[75] Les observations suivantes peuvent être utiles lorsqu'il s'agit d'appliquer le par. 16(3) dans le contexte de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[76] Premièrement, le *voir-dire* relatif à l'habileté à témoigner d'un témoin éventuel constitue une

not be combined with a *voir dire* on other issues, such as the admissibility of the proposed witness's out-of-court statements.

[77] Second, although the *voir dire* should be brief, it is preferable to hear all available relevant evidence that can be reasonably considered before preventing a witness to testify. A witness should not be found incompetent too hastily.

[78] Third, the primary source of evidence for a witness's competence is the witness herself. Her examination should be permitted. Questioning an adult with mental disabilities requires consideration and accommodation for her particular needs; questions should be phrased patiently in a clear, simple manner.

[79] Fourth, the members of the proposed witness's surrounding who are personally familiar with her are those who best understand her everyday situation. They may be called as fact witnesses to provide evidence on her development.

[80] Fifth, expert evidence may be adduced if it meets the criteria for admissibility, but preference should always be given to expert witnesses who have had personal and regular contact with the proposed witness.

[81] Sixth, the trial judge must make two inquiries during the *voir dire* on competence: (a) does the proposed witness understand the nature of an oath or affirmation, and (b) can she communicate the evidence?

[82] Seventh, the second inquiry into the witness's ability to communicate the evidence requires the trial judge to explore in a general way whether she can relate concrete events by understanding and responding to questions. It may be useful to

enquête indépendante : il ne peut être combiné à un voir-dire relatif à d'autres questions, comme celui de l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires du témoin éventuel.

[77] Deuxièmement, un voir-dire devrait être bref, mais il est préférable d'entendre toute la preuve pertinente disponible pouvant raisonnablement être prise en considération avant d'empêcher une personne de témoigner. Il ne faut pas conclure trop rapidement à l'incapacité d'une personne à témoigner.

[78] Troisièmement, la source principale de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est habile à témoigner est la personne elle-même. Son interrogatoire devrait être autorisé. Pour interroger un adulte ayant une déficience intellectuelle, il faut tenir compte de ses besoins particuliers et prendre les mesures d'adaptation qui s'imposent; les questions devraient être formulées patiemment, de façon claire et simple.

[79] Quatrièmement, les personnes de l'entourage qui connaissent personnellement le témoin éventuel sont les mieux placées pour comprendre son état quotidien. Elles peuvent être appelées, à titre de témoins des faits, à témoigner sur son développement.

[80] Cinquièmement, une preuve d'expert peut être produite si elle satisfait aux critères d'admissibilité; on préfère cependant toujours le témoignage d'experts ayant eu un contact personnel et régulier avec le témoin éventuel.

[81] Sixièmement, le juge du procès doit répondre à deux questions durant le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner : a) le témoin éventuel comprend-il la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, et b) est-il capable de communiquer les faits dans son témoignage?

[82] Septièmement, pour répondre à la deuxième question relative à la capacité de la personne de communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès doit vérifier de façon générale si la personne est capable de relater des faits concrets en

ask if she can differentiate between true and false everyday factual statements.

[83] Finally, the witness testifies under oath or affirmation if she passes both parts of the test, and on promising to tell the truth if she passes the second part only.

III. Application

[84] During the *voir dire* on K.B.'s testimonial capacity, the Crown posed a line of questions going to whether she could tell the difference between true and false factual statements in concrete circumstances. These were relevant to K.B.'s basic ability to communicate the evidence:

MR. SEMENOFF:

- Q.** How old are you now, [K.B.]?
- A.** I'm 22, you know that.
- Q.** 22? When's your birthday?
- A.** [Birth date].
- Q.** [Birth date]. Are you going to school now or are you done with school?
- A.** I'm not done in school yet.
- Q.** What school do you go to, [K.B.]?
- A.** [Name of school].
- Q.** How long -- do you know how long you've been going to [name of school]?
- A.** I don't know.
- Q.** Did you go to any school before you went to [name of school]?
- A.** From [name of previous school].
- Q.** From [name of previous school]. Okay.

comprenant les questions qui lui sont posées et en y répondant. Il peut être utile de se demander si la personne est en mesure de différencier entre de vraies et de fausses affirmations factuelles de tous les jours.

[83] Finalement, la personne peut témoigner sous serment ou affirmation solennelle si elle satisfait aux deux volets du critère. Si elle satisfait uniquement au deuxième volet du critère, elle peut témoigner en promettant de dire la vérité.

III. Application

[84] Au cours du *voir-dire* relatif à l'habilité de K.B. à témoigner, le ministère public a posé à K.B. une série de questions en vue de déterminer si elle pouvait dire la différence entre de vraies et de fausses affirmations factuelles dans des situations concrètes. Ces questions étaient pertinentes quant à la faculté élémentaire de K.B. à communiquer les faits dans son témoignage :

[TRADUCTION]

M. SEMENOFF :

- Q.** Quel âge as-tu actuellement, [K.B.]?
- R.** J'ai 22 ans, vous le savez.
- Q.** 22 ans? Quelle est ta date de naissance?
- R.** [Date de naissance].
- Q.** [Date de naissance]. Est-ce que tu vas présentement à l'école ou que tu as terminé tes études?
- R.** Je n'ai pas terminé mes études.
- Q.** À quelle école vas-tu, [K.B.]?
- R.** [Nom de l'école].
- Q.** Depuis combien de temps -- sais-tu depuis combien de temps tu vas à [nom de l'école]?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Es-tu allée à une autre école avant d'aller à [nom de l'école]?
- R.** [Nom de l'autre école].
- Q.** [Nom de l'autre école]. D'accord.

Did you have a teacher from that school, a Ms. [W.]?

A. Ms. [R.].

Q. Oh, [R.]. Okay. And I call her Ms. [W.], do you know what her name is, is it [R.] or is it Ms. [W.]?

A. [R.].

Q. Okay.

As-tu eu dans cette école une enseignante du nom de M^{me} [W.]?

R. M^{me} [R.].

Q. Oh, [R.]. D'accord. Et je l'appelle M^{me} [W.], sais-tu quel est son nom, est-ce [R.], est-ce M^{me} [W.]?

R. [R.].

Q. D'accord.

. . .

. . .

Q. [K.B.], if I were to tell you that the room that we're in that the walls in the room are black[,] would that be a truth or a lie, [K.B.]?

A. A lie.

Q. Why would it be a lie?

A. It's different colours in here.

Q. There are different colours in here. What colour are the walls?

A. Purple.

Q. Purple. Okay. If I were to tell you that the gown that I'm wearing that that is black, would that be a truth or a lie?

A. The truth.

Q. And why is that?

A. I don't know.

Q. You don't know. Is it a good thing or a bad thing to tell the truth?

A. Good thing.

Q. Is it a good thing or a bad thing to tell a lie?

A. Bad thing.

(A.R., vol. I, at pp. 111-13)

However, the trial judge went on to question K.B. on her understanding of the meaning of truth, religious concepts, and the consequences of lying.

[THE COURT:]

[Q.] Do you go to church, [K.B.]?

A. No.

Q. [K.B.], si je te disais que la pièce où nous nous trouvons, les murs de cette pièce sont noirs, s'agit-il de la vérité ou d'un mensonge, [K.B.]?

R. Un mensonge.

Q. Pourquoi est-ce un mensonge?

R. Les couleurs sont différentes ici.

Q. Les couleurs sont différentes ici. De quelle couleur sont les murs?

R. Mauve.

Q. Mauve. D'accord. Si je te disais que la tige que je porte présentement est noire, s'agirait-il de la vérité ou d'un mensonge?

R. De la vérité.

Q. Et pourquoi donc?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu ne sais pas. Est-il bon ou mauvais de dire la vérité?

R. C'est bon.

Q. Est-il bon ou mal de dire un mensonge?

R. C'est mal.

(d.a., vol. I, p. 111-113)

Toutefois, le juge du procès a poursuivi en posant à K.B. des questions sur sa compréhension de la vérité, sur des concepts religieux et sur les conséquences que comporte le mensonge.

[LA COUR :]

[Q.] Vas-tu à l'église, [K.B.]?

R. Non.

- Q.** No. Have you ever been taught about God or anything like that?
- A.** No.
- Q.** No? All right. What happens if you steal something?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. If you steal something and no one sees it, will anything happen to you? Nothing will happen. Why won't anything happen?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. Tell me what you think about the truth.
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. All right. Is it important to tell the truth?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. Tell me what a promise is when you make a --
- A.** I don't know.
- Q.** -- promise. What's a promise?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know what a promise is. Okay. Have you ever been in court before?
- A.** Once.
- Q.** Once? And do you think it's an important thing to be in court?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. All right. Do you know what an oath is, to take an oath?
- A.** I don't know.
- Q.** No. Do you have any idea what it means to tell the truth?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. If you tell a lie does anything happen to you? Nothing happens.
- A.** No.
- Q.** Non. Est-ce qu'on t'a déjà parlé de Dieu ou de quelque chose du genre?
- R.** Non.
- Q.** Non? D'accord. Qu'est-ce qui se passe si tu voles quelque chose?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Si tu voles quelque chose et que personne ne te voit, est-ce qu'il arrivera quelque chose? Il n'arrivera rien. Pourquoi est-ce qu'il n'arrivera rien?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Dis-moi ce que tu penses de la vérité.
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Très bien. Est-il important de dire la vérité?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Dis-moi ce qu'est une promesse lorsque tu --
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** -- promets. Qu'est-ce qu'une promesse?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas ce qu'est une promesse. D'accord. Es-tu déjà allée devant un tribunal?
- R.** Une fois.
- Q.** Une fois? Et crois-tu qu'être devant un tribunal est une chose importante?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Très bien. Sais-tu ce qu'est un serment, ce que veut dire prêter serment?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Non. Sais-tu ce que signifie dire la vérité?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Si tu dis un mensonge, est-ce qu'il arrive quelque chose? Il n'arrive rien.
- R.** Non.

[THE COURT:]

Q.] Do you know why you're here today?

A. I don't know. To talk about [D.A.I.].

Q. Yes, and do you think that's really important?

A. Maybe yeah.

Q. Maybe yeah? Remember earlier I was asking you about a promise?

A. No.

Q. Have you ever made a promise to anybody?

A. I don't know.

Q. That you promised you'll be good, did you ever say that? Have you ever heard that expression "I promise to be good, mommy"?

A. Okay.

Q. All right. So do you know what a promise is, that you're going to do something the right way? Do you understand that?

A. Okay.

Q. Can you tell me whether you understand that, [K.B.]?

A. I don't know.

Q. Does anything happen if you break a promise?

A. I don't know.

Q. You told me you don't go to church, right?

A. Right.

Q. And no one has ever told you about God; is that correct? No one has ever told you about God?

A. No.

Q. Has anyone ever told you that if you tell big lies you'll go to jail?

A. Right.

Q. If you tell big lies will you go to jail?

A. No.

(Ibid., at pp. 117-19 and 155-56)

[LA COUR :]

Q.] Sais-tu pourquoi tu es ici aujourd'hui?

R. Je ne sais pas. Pour parler de [D.A.I.].

Q. Oui, et penses-tu que ce soit vraiment important?

R. Peut-être, oui.

Q. Peut-être oui? Te souviens-tu, plus tôt, quand je t'ai posé des questions à propos d'une promesse?

R. Non.

Q. As-tu déjà fait une promesse à quelqu'un?

R. Je ne sais pas.

Q. As-tu déjà promis d'être gentille, as-tu déjà dit cela? As-tu déjà entendu l'expression « je promets d'être gentille, maman »?

R. D'accord.

Q. Très bien. Alors, sais-tu ce qu'est une promesse, que tu vas agir de la bonne façon? Comprends-tu?

R. D'accord.

Q. Peux-tu me dire si tu comprends ça, [K.B.]?

R. Je ne sais pas.

Q. Est-ce qu'il arrive quelque chose si tu ne tiens pas une promesse?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu m'as dit que tu ne vas pas à l'église, n'est-ce pas?

R. Exact.

Q. Et personne ne t'a jamais parlé de Dieu; est-ce exact? Personne ne t'a jamais parlé de Dieu?

R. Non.

Q. Est-ce qu'on t'a jamais dit que si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

R. Exact.

Q. Si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

R. Non.

(Ibid., p. 117-119 et 155-156)

[85] As these passages demonstrate, the trial judge was not satisfied with the Crown's questions on K.B.'s ability to recount events and distinguish between telling the truth and lying in concrete, real-life situations. He went on to question her on the nature of truth, religious obligations and the consequences of failing to tell the truth. Because K.B. was unable to satisfactorily answer these more abstract questions, he ruled that she could not be allowed to promise to tell the truth and refused to allow her to testify.

[86] This ruling was based on an erroneous interpretation of s. 16(3), which the trial judge read as requiring an understanding of the duty to speak the truth. Hence, K.B. was precluded from testifying on promising to tell the truth. The trial judge summed up his conclusions as follows:

Having questioned [K.B.] at length I am fully satisfied that [K.B.] has not satisfied the prerequisite that she understands the duty to speak to the truth. She cannot communicate what truth involves or what a lie involves, or what consequences result from truth or lies, and in such circumstances, quite independent of the evidence of [Dr. K.], I am not satisfied that she can be permitted to testify under a promise to tell the truth. [Emphasis added; *ibid.*, at p. 3.]

[87] The fatal error of the trial judge is that he did not consider the second part of the test under s. 16. He failed to inquire into whether K.B. had the ability to communicate the evidence under s. 16(3), insisting instead on an understanding of the duty to speak the truth that is not prescribed by s. 16(3). This error, an error of law, led him to rule K.B. incompetent and hence to the total exclusion of her evidence from the trial. This fundamental error vitiated the trial.

[88] This fundamental flaw in the trial cannot be rectified by comments made by the trial judge at other points in the trial or by the doctrine of deference. My colleague Binnie J. suggests that the trial judge's comments during the *voir dire* and hearing on hearsay admissibility (paras. 136, 138 and 139)

[85] Comme le montrent ces passages de l'interrogatoire, le juge du procès n'était pas satisfait des questions posées par le ministère public relativement à la capacité de K.B. de relater des événements et de faire la distinction entre dire la vérité et mentir dans des situations concrètes. Il lui a ensuite posé des questions sur la nature de la vérité, les obligations religieuses et les conséquences découlant du fait de ne pas dire la vérité. Comme K.B. était incapable de répondre de manière satisfaisante à ces questions plus abstraites, il a statué qu'il ne pouvait lui demander de promettre de dire la vérité et a refusé de l'autoriser à témoigner.

[86] Cette conclusion reposait sur une interprétation erronée du par. 16(3) qui, selon le juge du procès, exige une compréhension du devoir de dire la vérité. K.B. n'a donc pas été autorisée à témoigner en promettant de dire la vérité. Le juge du procès a résumé ses conclusions comme suit :

[TRADUCTION] Après avoir longuement interrogé [K.B.], je suis entièrement convaincu que [K.B.] n'a pas satisfait à la condition préalable voulant qu'elle comprenne le devoir de dire la vérité. Elle est incapable de dire ce que comportent la vérité et le mensonge, ou de dire ce que sont les conséquences découlant de la vérité ou de mensonges. Dans de telles circonstances, tout à fait indépendantes de la déposition du [D^r K.], je ne suis pas convaincu qu'elle peut être autorisée à témoigner en promettant de dire la vérité. [Je souligne; *ibid.*, p. 3.]

[87] Le juge du procès a commis une erreur fatale en n'examinant pas le deuxième volet du critère établi à l'art. 16. Il n'a pas vérifié si, conformément au par. 16(3), K.B. était en mesure de communiquer les faits dans son témoignage et a insisté plutôt sur la nécessité qu'elle comprenne le devoir de dire la vérité, ce que n'exige pas le par. 16(3). Cette erreur, une erreur de droit, l'a amené à conclure que K.B. n'était pas habile à témoigner et à exclure complètement son témoignage du procès. Cette erreur fondamentale a vicié le procès.

[88] Des commentaires formulés par le juge du procès à d'autres étapes de l'instruction ou le principe de la déférence judiciaire ne peuvent corriger ce vice fondamental. Mon collègue le juge Binnie laisse entendre que les commentaires émis par le juge du procès durant le *voir-dire* et l'audience sur

support his conclusion on the earlier *voir dire* that K.B. was not competent to testify under s. 16(3). However, it is difficult to see how subsequent comments in the course of dealing with other issues could rehabilitate the trial judge's erroneous application of the requirements for competence under s. 16. The *voir dire* on competence and the *voir dire* on the admissibility of hearsay evidence were two different inquiries. The evidence of Ms. W., on which the trial judge relied in making the comments regarding hearsay, was not before the trial judge when he ruled K.B. incompetent to testify. Moreover, the threshold of reliability for hearsay evidence differs from the threshold ability to communicate the evidence for competence; a ruling on testimonial capacity cannot be subsequently justified by comments in a ruling on hearsay admissibility. Had the competence hearing been properly conducted, this might have changed the balance of the trial, including the hearing (if any) on hearsay admissibility. The trial judge's fundamental error in the s. 16 inquiry on competence cannot be corrected by speculation based on comments made in a different inquiry.

[89] Nor does the ruling that K.B. was incompetent, based as it was on a misstatement of the legal test under s. 16(3), attract deference. This amounted to an error of law, to be judged on a standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26-37. The defect in the trial judge's ruling cannot, in my view, be cured.

[90] I would allow the appeal, set aside the acquittal, and direct a new trial.

l'admissibilité de la preuve par ouï-dire (par. 136, 138 et 139) appuient la conclusion qu'il a tirée au voir-dire précédent, conclusion selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner aux termes du par. 16(3). Il est toutefois difficile de voir comment des commentaires émis subséquentement par le juge du procès alors qu'il traitait d'autres questions pourraient remédier à une application erronée par celui-ci des exigences prévues à l'art. 16 relativement à l'habilité à témoigner. Le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner et le voir-dire relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire constituaient deux enquêtes différentes. Le juge du procès ne disposait pas du témoignage de M^{me} W. — sur lequel il s'est fondé pour formuler les commentaires concernant le ouï-dire — lorsqu'il a jugé que K.B. n'était pas habile à témoigner. De plus, le seuil de fiabilité applicable à la preuve par ouï-dire diffère du seuil de la capacité à communiquer les faits dans un témoignage, applicable à l'habilité à témoigner; une conclusion sur l'habilité d'une personne à témoigner ne peut être justifiée après coup par des commentaires émis dans une décision sur l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire. La tenue d'une audience régulière sur l'habilité à témoigner aurait peut-être modifié l'équilibre du procès, y compris l'audience (le cas échéant) sur l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. On ne peut corriger l'erreur fondamentale commise par le juge du procès dans l'enquête relative à l'habilité à témoigner prévue à l'art. 16 en se fondant sur des conjectures tirées de commentaires formulés dans une enquête différente.

[89] La conclusion selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner, fondée sur une mauvaise formulation du critère juridique applicable aux termes du par. 16(3), ne commande pas non plus la déférence. Il s'agissait là d'une erreur de droit devant être examinée selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26-37. Ce vice dans la décision de première instance ne peut, à mon avis, être corrigé.

[90] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquiescement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

[91] BINNIE J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice that, in this case, “[t]wo potentially conflicting policies are in play”, the first being to “bring to justice” those accused of sexual abuse and the second being “to ensure a fair trial for the accused and to prevent wrongful convictions” (para. 65). In my view, by turning Parliament’s direction permitting a person “whose mental capacity is challenged” to testify only “on promising to tell the truth” into an empty formality — a mere mouthing of the words “I promise” without any inquiry as to whether the promise has any significance to the potential witness — the majority judgment unacceptably dilutes the protection Parliament intended to provide to accused persons.

[92] I prefer the contrary interpretation of s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, expressed by our Chief Justice herself in her concurring judgment in *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, where, as McLachlin J., drawing a distinction between “the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth” (para. 25), wrote:

The only inference that can be drawn from this evidence is that while [the potential witness] Ryan understood the difference between what is “so” and “not so”, he had no conception of any moral obligation to say what is “right” or “so” in giving evidence or otherwise. In these circumstances, no judge could reasonably have concluded that Ryan was able to promise to tell the truth. [Emphasis added; para. 27.]

McLachlin J.’s views on the requirements of s. 16(3) were not disagreed with by the majority, and indeed on this point she simply reflected the Court’s earlier unanimous opinion in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, at pp. 537-38.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

[91] LE JUGE BINNIE (dissident) — Je souscris à l’opinion de la Juge en chef selon laquelle, en l’espèce, « [d]eux principes susceptibles de s’opposer entrent en jeu » (par. 65). Le premier consiste à « traduire en justice » les personnes accusées d’agression sexuelle, et le deuxième vise à « garantir la tenue d’un procès équitable pour l’accusé et [à] prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées » (*ibid.*). Selon moi, en transformant la directive du législateur, qui permet à une personne « dont la capacité mentale est mise en question » de témoigner « en promettant de dire la vérité », en une formalité vide de sens — le témoin éventuel ne fait que prononcer les mots « je promets » sans que l’on vérifie s’il accorde quelque importance à sa promesse — les juges majoritaires diluent de façon inacceptable la protection que le législateur voulait accorder aux accusés.

[92] Je préfère l’interprétation contraire du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, que notre Juge en chef elle-même a énoncée dans ses motifs concordants dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, où, alors juge puînée, elle a établi une distinction entre la « capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité » (par. 25); elle a écrit ce qui suit :

La seule inférence que l’on peut tirer de ce témoignage est que même si [le témoin éventuel] Ryan comprenait la différence entre ce qui était « exact » et « pas exact », il n’avait aucune idée de l’obligation morale de dire ce qui est « vrai » ou « exact » lorsqu’on témoigne ou dans d’autres situations. Dans ces circonstances, aucun juge n’aurait pu raisonnablement conclure que Ryan était capable de promettre de dire la vérité. [Je souligne; par. 27.]

Dans cette affaire, les juges de la majorité n’avaient pas désapprouvé les propos de la juge McLachlin au sujet des exigences du par. 16(3). En fait, sur ce point, la juge McLachlin reprenait simplement l’opinion unanime que la Cour avait déjà exprimée dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, p. 537-538.

[93] The majority judgment in the present case repudiates the earlier jurisprudence and the balanced approach it achieved. It entirely eliminates any inquiry into whether the potential witness has any “conception of any moral obligation to say what is ‘right’”.

[94] I agree with the Chief Justice that “allowing the witness to testify is only the first step in the process” (para. 72). More particularly, my colleague continues:

The witness’s evidence will be tested by cross-examination. The trier of fact will observe the witness’s demeanour and the way she answers the questions. [*Ibid.*]

In this case, the exchanges between the challenged witness, K.B., and the trial judge, demonstrated the futility of any such cross-examination. The trial judge noted that K.B. “did not ‘compute’ questions before giving answers, that she was not processing the information being communicated to her, and that she had serious problems relating to her ability to communicate and to recollect” (2008 CanLII 21726 (Ont. S.C.J.)) (the “hearsay decision”), at para. 7). As a practical matter, it is not possible to cross-examine such a witness meaningfully. The trial judge concluded correctly on this point that “there is no secure method of testing K.B.’s credibility” (para. 56). The result of the majority judgment in this case is to create unfair prejudice to the accused.

[95] What is fundamental, as was emphasized here by the Ontario Court of Appeal, is that the trial judge had the opportunity to observe the witness’s demeanour and the way she answers the questions (McLachlin C.J., at para. 72). We do not have that advantage. The trial judge concluded, based on his direct observation, that, in light of the severity of her mental disability, K.B.’s evidence could not be relied upon for the truth-seeking purposes of a criminal trial and it ought to be altogether excluded. In a judge-alone trial, it goes without

[93] Le jugement majoritaire en l’espèce répudie les décisions antérieures ainsi que l’approche équilibrée qu’elles avaient établie. Il écarte complètement l’enquête permettant de vérifier si le témoin éventuel a une « idée de l’obligation morale de dire ce qui est “vrai” ».

[94] Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire qu’« en [. . .] permettant [aux personnes adultes ayant une déficience intellectuelle] de témoigner, elles franchissent seulement la première étape du processus » (par. 72). Plus particulièrement, ma collègue ajoute ce qui suit :

La déposition du témoin sera vérifiée par contre-interrogatoire. Le juge des faits examinera le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions. [*Ibid.*]

En l’espèce, les échanges entre le juge du procès et K.B., la personne dont la capacité mentale est mise en question, ont démontré la futilité d’un tel contre-interrogatoire. Le juge du procès a souligné que K.B. [TRADUCTION] « ne “computait” pas les questions avant d’y répondre, qu’elle ne traitait pas l’information qui lui était communiquée et qu’elle avait de sérieux problèmes liés à sa capacité de communiquer et de se souvenir » (2008 CanLII 21726 (C.S.J. Ont.) (la « décision relative au oui-dire »), par. 7). Concrètement, il n’est pas possible de contre-interroger de manière significative un tel témoin. Le juge du procès a correctement conclu sur ce point qu’« il n’y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. » (par. 56). Par conséquent, le jugement des juges majoritaires en l’espèce cause à l’accusé un préjudice inéquitable.

[95] La Cour d’appel de l’Ontario a souligné un aspect fondamental, soit que le juge du procès a eu l’occasion d’examiner le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions (la juge en chef McLachlin, par. 72). Nous ne bénéficions pas de cet avantage. Le juge du procès a conclu, selon ce qu’il a directement observé, que compte tenu de la gravité de la déficience intellectuelle de K.B., on ne pouvait se fier au témoignage de cette dernière pour les besoins de la recherche de la vérité — le but visé par un procès criminel — et que ce témoignage

saying, where the trial judge found that K.B.'s testimony did not meet even a threshold of admissibility, he would not — had the evidence been admitted — have accepted it as the basis for a proper conviction. An acquittal was inevitable.

[96] In the result, despite all the talk in our cases of the need to “defer” to trial judges on their assessment of mental capacity, a deference which, in my opinion, is manifestly appropriate, the majority judgment shows no deference to the views of the trial judge whatsoever and orders a new trial. I am unable to agree. I therefore dissent.

I. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2008 CanLII 21726 (the “Hearsay Decision”)*

[97] The Chief Justice has set out the substance of the trial judge’s ruling. I should add that he found numerous contradictions in K.B.’s testimony. For example, K.B. testified that she had told her mother about D.A.I. touching her, but her mother contradicted this (para. 38). With respect to the out-of-court statements, the trial judge expressed serious concerns about the truth of the statements based on K.B.’s “serious problems in communicating her evidence, her incapacity to answer relatively simple questions surrounding the allegations, her confusion with respect to whether or not she spoke to her mother” (para. 53 (emphasis added)). He also noted the testimony of K.B.’s teacher that K.B.’s mother had told her that she viewed K.B.’s story with “disbelief” (para. 54). Given the close relationship between K.B. and the respondent D.A.I., the trial judge found that “[w]hat may have been innocent in intent has the potential to be misinterpreted” (para. 55).

[98] The trial judge concluded:

devait être complètement exclu. Il va sans dire que, dans un procès devant un juge seul, où le juge du procès a conclu que le témoignage de K.B. ne satisfaisait pas à un critère même minimal d’admissibilité, si le témoignage avait été accepté, il n’aurait pu servir de fondement d’une déclaration de culpabilité. Un verdict d’acquiescement était inévitable.

[96] Par conséquent, malgré toutes les décisions dans lesquelles notre Cour signale la nécessité de « faire preuve de retenue » à l’égard de l’appréciation de la capacité mentale par les juges des procès — une retenue manifestement appropriée selon moi —, les juges majoritaires ne font preuve d’aucune retenue à l’égard des opinions du juge du procès et ordonnent la tenue d’un nouveau procès. Il m’est impossible de souscrire à leur décision. J’inscris donc ma dissidence.

I. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2008 CanLII 21726 (la « décision relative au ouï-dire »)*

[97] La Juge en chef a exposé la substance de la décision du juge du procès. J’ajouterais qu’il a relevé plusieurs contradictions dans les réponses de K.B. Par exemple, K.B. a déclaré avoir dit à sa mère que D.A.I. l’avait touchée, mais cette dernière l’a nié (par. 38). En ce qui concerne les déclarations extrajudiciaires, le juge du procès a exprimé d’importantes réserves sur la véracité des déclarations de K.B. en raison des [TRADUCTION] « sérieuses difficultés [de K.B.] à communiquer les faits dans son témoignage, de son incapacité à répondre à des questions relativement simples portant sur ses allégations, de sa confusion quant à savoir si elle avait ou non parlé à sa mère » (par. 53 (je souligne)). Il a aussi signalé que l’enseignante de K.B. a affirmé dans son témoignage que la mère de K.B. lui avait dit « ne pas croire » ces dires de sa fille (par. 54). Vu l’étroite relation entre K.B. et l’intimé, D.A.I., le juge du procès a conclu que « [c]e qui pouvait se vouloir inoffensif risquait d’être mal interprété » (par. 55).

[98] Le juge du procès a conclu comme suit :

I am convinced that to admit K.B.'s statement for its truth would effectively deprive the court of any reliable method of testing its truth. It is clear from the short cross-examination undertaken . . . at the preliminary inquiry, there is no secure method of testing K.B.'s credibility. . . . What the Crown purports to be confirmatory evidence is either ambiguous or itself unreliable. [Emphasis added; para. 56.]

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96 (Doherty, MacPherson and Armstrong JJ.A.)*

[99] Doherty and MacPherson JJ.A. applied a “very deferential” standard of review to the trial judge’s assessment under s. 16, noting that the trial judge heard not only what the proposed witness said, but also how it was said (paras. 20-21). In their view, Parliament chose to create a new testimonial competence test for children but to limit it so as only to apply to children under 14 (para. 41). For whatever reason, Parliament intended to treat children and adults with a mental disability differently when it comes to testimonial competence (para. 43).

[100] The Court of Appeal also held that the trial judge had correctly rejected the confirmatory evidence tendered by the Crown, namely K.B.’s sister’s evidence and the photograph found in the respondent’s bedroom (para. 50). He had carefully considered the sister’s testimony, but decided that it was unreliable. The trial judge had also found that the respondent’s explanation that K.B. flashed him when he took the photograph could have been true. Doherty and MacPherson JJ.A., speaking for a unanimous Court of Appeal, held that both of these conclusions were open to the trial judge (*ibid.*). The appeal was accordingly dismissed.

II. Analysis

[101] The substantial issue in this appeal concerns the correctness of the trial judge’s approach to

[TRADUCTION] Je suis convaincu que le fait d’admettre comme véridique la déclaration de K.B. priverait effectivement la cour de toute méthode fiable pour en vérifier la véracité. Il ressort clairement du bref contre-interrogatoire mené [. . .] à l’enquête préliminaire qu’il n’y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. [. . .] Ce que le ministère public estime être une preuve corroborante est ambigu ou sujet à caution. [Je souligne; par. 56.]

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96 (les juges Doherty, MacPherson et Armstrong)*

[99] Les juges Doherty et MacPherson ont appliqué une norme de contrôle qui commande [TRADUCTION] « une très grande retenue » à l’égard de l’appréciation faite par le juge du procès aux termes de l’art. 16, soulignant que le juge du procès n’a pas seulement entendu ce que le témoin éventuel a dit, mais aussi comment il l’a dit (par. 20-21). Selon eux, le législateur a choisi de créer pour les enfants un nouveau critère relatif à l’habilité à témoigner, mais de le limiter de sorte qu’il ne s’applique qu’aux enfants de moins de 14 ans (par. 41). Pour une raison ou une autre, le législateur a voulu traiter les enfants différemment des adultes ayant une déficience intellectuelle lorsque l’habilité à témoigner est en cause (par. 43).

[100] La Cour d’appel a également conclu que le juge du procès avait rejeté à bon droit la preuve corroborante présentée par le ministère public, à savoir le témoignage de la sœur de K.B. et la photographie trouvée dans la chambre de l’intimé (par. 50). Le juge a soigneusement examiné le témoignage de la sœur de K.B., mais il a décidé qu’il était sujet à caution. Le juge du procès avait aussi conclu que l’explication de l’intimé — que K.B. lui avait soudainement montré ses seins au moment où il a pris la photographie — pouvait être vraie. Les juges Doherty et MacPherson, au nom d’une formation unanime de la Cour d’appel, ont affirmé qu’il était loisible au juge du procès de tirer ces deux conclusions (*ibid.*). L’appel a donc été rejeté.

II. Analyse

[101] La question importante dans le présent pourvoi porte sur le bien-fondé de la démarche retenue

assessment of the testimonial capacity of the complainant, K.B. The admissibility of her evidence turns on the interpretation of the rules established by Parliament in s. 16 of the *Canada Evidence Act*, which delineates the circumstances in which a proposed witness “of fourteen years of age or older whose mental capacity is challenged” may or may not testify.

[102] A trial judge is faced with three options. If the challenged witness is “able to communicate the evidence” and “understands the nature of an oath or a solemn affirmation”, the person “shall testify under oath or solemn affirmation” (s. 16(2)). A person who satisfies the first criterion (“able to communicate the evidence”) but not the second (i.e. does not understand “the nature of an oath or a solemn affirmation”) may provide unsworn testimony “on promising to tell the truth” (s. 16(3)). A person who does not satisfy either criterion “shall not testify” (s. 16(4)).

[103] The few questions posed by the trial judge touching on religion in this case were relevant to the first option of having K.B. testify under oath or affirmation which, as the Chief Justice recognizes, is the “preferred option” (para. 31). If the trial judge had found that K.B. understood the nature of the oath, he would have been obliged to have her testimony given under oath. It was proper for the trial judge to test K.B.’s ability to satisfy this standard rather than assuming, on account of her mental disability, that she would fail the s. 16(1) test.

[104] As to the second option (unsworn evidence), it is clear that Parliament did not consider an ability to communicate the evidence to be the sole and sufficient condition of admissibility. A person giving unsworn testimony must nevertheless promise to tell the truth, and this additional requirement is not, in my view, an empty formality but is intended to bolster the court’s effort to establish the true facts

par le juge du procès pour apprécier l’habilité à témoigner de la plaignante, K.B. L’admissibilité de son témoignage repose sur l’interprétation des règles établies par le législateur à l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel énonce les circonstances dans lesquelles un témoin éventuel âgé « d’au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question » peut ou non témoigner.

[102] Trois possibilités s’offrent au juge du procès. Si la personne dont la capacité mentale est mise en question est « capable de communiquer les faits dans son témoignage » et « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle », elle « témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle » (par. 16(2)). Une personne qui répond au premier critère (« capable de communiquer les faits dans son témoignage »), mais pas au deuxième (soit qu’elle ne comprend pas « la nature du serment ou de l’affirmation solennelle ») peut témoigner sans prêter serment « en promettant de dire la vérité » (par. 16(3)). Une personne qui ne satisfait à ni l’un ni l’autre de ces critères « ne peut témoigner » (par. 16(4)).

[103] Les quelques questions que le juge du procès a posées en l’espèce relativement à la religion avaient trait à la première possibilité, soit que K.B. témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle, ce qui, comme le reconnaît la Juge en chef, constitue la « solution privilégiée » (par. 31). Si le juge du procès avait conclu que K.B. comprenait la nature du serment, il aurait été tenu de la faire témoigner sous serment. Il était approprié pour le juge du procès de vérifier si K.B. pouvait satisfaire à cette norme au lieu de supposer qu’elle échouerait le test du par. 16(1) en raison de sa déficience intellectuelle.

[104] En ce qui concerne la deuxième possibilité (témoignage sans avoir prêté serment), le législateur n’a manifestement pas considéré la capacité de communiquer les faits dans un témoignage comme étant une condition unique et suffisante d’admissibilité. Une personne qui témoigne sans avoir prêté serment doit tout de même promettre de dire la vérité, et cette condition supplémentaire n’est pas,

and to protect the legitimate interest of the accused to a fair trial.

[105] I agree with the Chief Justice that “[p]romising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose” (para. 36). I do not agree with my colleague, however, that it is out of bounds for a trial judge to try to determine — in concrete everyday terms — whether there is in reality such a “prophylactic” effect in the case of a particular witness whose mental capacity has been challenged. If such a witness is so disabled as not to understand “the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct”, there is no prophylactic effect, and the fair trial interests of the accused are unfairly prejudiced.

A. *The Khan Test*

[106] It is, of course, true that an inability to deal with concepts (“oaths”, “solemn affirmations” and “promises”) does not mean that a person suffering from a mental disability is by that fact unable to relate the factual events that he or she encountered. Many individuals whose mental capacity is not open to challenge may have difficulty giving a correct explanation of these concepts.

[107] In an effort to solve this dilemma, this Court in *Khan* adopted the approach formulated by Robins J.A. in *Khan* when it was before the Ontario Court of Appeal ((1988), 42 C.C.C. (3d) 197, at p. 206):

To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity

selon moi, une formalité vide de sens; elle vise à soutenir les efforts de la cour en vue d’établir les faits authentiques et à protéger le droit légitime d’un accusé à un procès équitable.

[105] Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que « [l]a promesse est un acte visant à renforcer, dans l’esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique » (par. 36). Je ne suis cependant pas d’accord avec ma collègue pour affirmer qu’un juge du procès ne peut pas tenter de déterminer — en termes concrets de la vie quotidienne — si un tel effet « prophylactique » existe effectivement dans le cas d’une personne dont la capacité mentale est mise en question. Si cette personne est à ce point déficiente qu’elle ne comprend pas « le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte », il n’y a aucun effet prophylactique et le droit de l’accusé à un procès équitable subit une atteinte injustifiée.

A. *Le critère formulé dans l’arrêt Khan*

[106] Assurément, une incapacité de saisir des notions (« serments », « affirmations solennelles » et « promesses ») ne signifie pas qu’une personne ayant une déficience intellectuelle soit par le fait même incapable de décrire les événements dont elle a été témoin. Bien des personnes dont la capacité intellectuelle n’est pas mise en question peuvent avoir de la difficulté à expliquer correctement ces notions.

[107] Cherchant à résoudre ce dilemme, notre Cour a adopté dans *Khan* la solution élaborée par le juge Robins alors que l’affaire *Khan* se trouvait devant la Cour d’appel de l’Ontario ((1988), 42 C.C.C. (3d) 197, p. 206) :

[TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n’est pas donné sous serment, il suffit que l’enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l’enfant comprend la différence entre la vérité et

to tell the truth, and promises to do so. [Emphasis added.]

This approach (adopted at a time before the *Canada Evidence Act* introduced its present distinction between children and adults with challenged mental capacity) gives meaningful content to the statutory language while recognizing that the “simple line of questioning” is to be factual, not metaphysical.

[108] It is true, as the Chief Justice points out, that *Khan* was decided under an earlier version of s. 16 which referred expressly to “the duty of speaking the truth”. However, as both *Khan* and McLachlin J. in *Rockey* were at pains to point out, those words were not interpreted as contemplating an abstract inquiry. In *Rockey*, decided at a time when s. 16(3) read the same as it does now, McLachlin J. insisted on a determination of “the ability to promise to tell the truth” (para. 25 (emphasis added)), but not as the mere physical ability of a potential witness to say the words. In that case, the child witness was not called to testify and the issue was whether his out-of-court statements could nevertheless be admitted against the accused under the principled hearsay exception. To do so required a demonstration of necessity and reliability. McLachlin J. held that “necessity” was established. In her view, the child was incompetent to testify under s. 16(3) because, not only was it “unrealistic to conclude that Ryan could have communicated his evidence in any useful sense either in the courtroom or in a smaller room via closed circuit television”, but, as stated, because “no judge could reasonably have concluded that Ryan was able to promise to tell the truth” (paras. 26-27). Although Parliament had by that time eliminated the words “duty of speaking the truth” from s. 16(3), McLachlin J. nevertheless concluded that the words “on promising to tell the truth” incorporated the understanding in practical terms of a “moral obligation to say what is ‘right’” (para. 27).

le mensonge, s’il sait qu’il n’est pas bien de mentir, s’il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. [Je souligne.]

Cette approche (adoptée avant que la *Loi sur la preuve au Canada* n’établisse la distinction que l’on trouve maintenant entre les enfants et les adultes dont la capacité mentale est mise en question) donne un contenu significatif au texte de la loi tout en reconnaissant que la « série de questions simples » doit porter sur des faits et ne doit pas relever de la métaphysique.

[108] Certes, comme la Juge en chef le souligne, lorsque l’arrêt *Khan* a été rendu, une version antérieure de l’art. 16 mentionnait expressément « le devoir de dire la vérité ». Toutefois, comme l’arrêt *Khan* et la juge McLachlin dans *Rockey* ont pris bien soin de le signaler, ces mots n’envisageaient pas, dans leur interprétation, une enquête menée dans l’abstrait. Dans l’arrêt *Rockey*, rendu alors que le texte du par. 16(3) était le même qu’aujourd’hui, la juge McLachlin a insisté sur une détermination de « [l]a capacité [. . .] de promettre de dire la vérité » (par. 25 (je souligne)) qui ne soit pas simplement la capacité physique d’un témoin éventuel de prononcer les mots. Dans cette affaire, l’enfant n’a pas été appelé à témoigner et la question en litige était de savoir si ses déclarations extrajudiciaires pouvaient tout de même être admises à l’encontre de l’accusé en vertu de l’exception raisonnée à la règle du ouï-dire. À cette fin, il fallait démontrer la nécessité et la fiabilité des déclarations de l’enfant. La juge McLachlin a conclu que la « nécessité » avait été établie. Selon elle, l’enfant était inhabile à témoigner aux termes du par. 16(3) parce que, non seulement « il n’[était] pas réaliste de conclure que Ryan aurait pu communiquer les faits d’une façon utile, que ce soit dans la salle d’audience ou depuis une plus petite pièce, au moyen d’un système de télévision en circuit fermé », mais parce qu’« aucun juge n’aurait pu raisonnablement conclure que Ryan était capable de promettre de dire la vérité » (par. 26-27). Même si le législateur avait déjà enlevé au par. 16(3) les mots « devoir de dire la vérité », la juge McLachlin a néanmoins conclu que les mots « en promettant de dire la vérité » supposaient concrètement une « obligation morale de dire ce qui est “vrai” » (par. 27).

[109] In the result, the child was held under s. 16(3) to be incompetent to testify. The necessity for the hearsay evidence was therefore established. His out-of-court evidence was admitted and the accused was convicted.

[110] There is nothing in McLachlin J.'s reasons in *Rockey* to suggest that the "ability to promise to tell the truth" is to be ascertained on a "don't ask" basis, i.e. not to endeavour to determine whether the potential witness has any sense of what it means in simple concrete terms to promise to tell the truth. On the contrary, McLachlin J. rested her conclusion on the evidence heard by the trial judge concerning the ability of the potential witness to explain events and to understand the difference in practical terms between telling the truth and lying.

[111] Nor was it suggested in *Rockey* that, by insisting on "the ability" to make the promise, McLachlin J. was reading extraneous words into the statute, which is now the cornerstone of the majority judgment in this case. The making of a promise is not just a physical act. The question is whether the potential witness recognizes a sense of obligation, however articulated or unarticulated, to stick to the truth. This interpretation was consistent with the Parliamentary record which, as we will see, demonstrates a legislative intention under s. 16(3) that a trial judge be satisfied that a witness — as a condition precedent to testimonial capacity — understands the difference in practical everyday terms between telling the truth and not telling the truth.

[112] Of course, there are witnesses who suffer no mental disability and who recognize perfectly well that they are undertaking an obligation to tell the truth but nevertheless do not do so. That is a different problem. Their mental capacity is not in issue. In their case, the courts rely on cross-examination and other techniques to ferret out the truth. In the case of K.B., there was no allegation whatsoever of bad faith, but she may nevertheless have been mistaken in her perception or recollection of events, and the crucible of cross-examination was considered by the trial judge to be useless because, as

[109] En définitive, l'enfant a été jugé inhabile à témoigner aux termes du par. 16(3). La nécessité de la preuve par oui-dire a donc été établie. Sa déclaration extrajudiciaire a été admise et l'accusé a été déclaré coupable.

[110] Les motifs de la juge McLachlin dans *Rockey* n'indiquent nullement que la « capacité de promettre de dire la vérité » doit être déterminée « sans poser de questions », c'est-à-dire sans que l'on tente de déterminer si le témoin éventuel peut saisir ce que signifie, en termes simples et concrets, la promesse de dire la vérité. Au contraire, la juge McLachlin a appuyé sa conclusion sur la déposition faite devant le juge du procès concernant la capacité du témoin éventuel d'expliquer des faits et de comprendre la différence, en termes concrets, entre dire la vérité et mentir.

[111] L'arrêt *Rockey* ne donne pas non plus à penser que, en insistant sur « la capacité » de promettre, la juge McLachlin introduisait dans la loi des mots extrinsèques, ce qui constitue maintenant la pierre d'assise du jugement majoritaire en l'espèce. Faire une promesse ne se résume pas à un acte physique. La question est de savoir si le témoin éventuel se reconnaît une obligation, articulée ou non, de s'en tenir à la vérité. Cette interprétation était conforme à l'historique parlementaire qui démontre, comme nous le verrons, qu'aux termes du par. 16(3), le juge devait être convaincu que la personne comprend la différence, en termes ordinaires, entre dire et ne pas dire la vérité — une condition préalable à la reconnaissance de l'habilité à témoigner.

[112] Évidemment, certains témoins n'ayant aucune déficience intellectuelle ne diront pas la vérité tout en sachant parfaitement bien qu'elles se sont engagées à dire la vérité. Il s'agit là d'un problème différent. Leur capacité mentale n'est pas mise en question. Dans ces cas, le contre-interrogatoire et d'autres moyens permettront au tribunal de découvrir la vérité. Dans le cas de K.B., sa bonne foi n'était aucunement en cause, mais elle aurait quand même pu se tromper pour ce qui est de percevoir ou de se rappeler les faits, et le juge du procès considérait que l'épreuve du

stated, he found that “there is no secure method of testing K.B.’s credibility” (hearsay decision, at para. 56).

[113] The *Khan* test specifically framed the inquiry as being into “ordinary everyday social conduct” (C.A., at p. 206). At no point did this Court in *Khan* or McLachlin J. in *Rockey* require that the potential witness be able to *articulate* or even understand in the abstract concepts such as oaths, affirmations or promises. Leaving aside McLachlin J.’s reference to a “moral obligation” in *Rockey* — which, if anything, proposed a more strict test for admissibility than the Court’s judgment in *Khan* — if it appears to the trial judge that the potential witness whose mental capacity is challenged has demonstrated an understanding of a promise to tell the truth in terms of ordinary, everyday social conduct, the witness has met the test for giving unsworn testimony. The same would be true in my view of a witness who understands the seriousness of the situation and “the importance of being careful and correct”, to use the Chief Justice’s words in this case (para. 36). However, even this approach could not be satisfied by K.B. according to the trial judge who was uniquely placed to observe her demeanour.

[114] I respectfully disagree with the Chief Justice’s characterization of *Khan* as insisting “on an understanding of the duty to speak the truth in abstract terms and the metaphysical questioning this insistence gave rise to” (para. 62). The *Khan* test, in my view, did just the opposite. In that case, Robins J.A. found that the trial judge had erroneously applied the standards applicable to a child giving sworn testimony to a situation in which only the unsworn testimony of a child was sought and to which less onerous standards were applicable. Robins J.A. underscored the difference between the two standards in no uncertain terms:

contre-interrogatoire serait inutile puisque, comme il l’a dit, [TRADUCTION] « il n’y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. » (décision relative au oui-dire, par. 56).

[113] Le critère de l’arrêt *Khan* mentionne précisément que l’interrogatoire ne doit pas sortir du cadre de la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne » (C.A., p. 206). Notre Cour dans *Khan*, ou la juge McLachlin dans *Rockey*, n’exigeaient aucunement que le témoin éventuel soit capable d’*articuler* ou même de comprendre dans l’abstrait des concepts comme le serment, l’affirmation ou la promesse. Abstraction faite de la mention d’une « obligation morale » par la juge McLachlin dans *Rockey* — qui a même proposé un critère d’admissibilité plus rigoureux que celui retenu par notre Cour dans *Khan* — s’il semble au juge du procès que le témoin éventuel dont la capacité mentale est mise en question a démontré qu’il comprend au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne ce qu’est une promesse de dire la vérité, le témoin a satisfait au critère requis pour témoigner sans avoir prêté serment. Il en serait de même, selon moi, d’un témoin qui comprend le sérieux de la situation et « l’importance de répondre de façon prudente et correcte », pour reprendre le propos de la Juge en chef en l’espèce (par. 36). Toutefois, K.B. ne pouvait satisfaire même à ces conditions, selon le juge du procès qui était particulièrement bien placé pour observer son comportement.

[114] Avec égards, je ne suis pas d’accord avec la Juge en chef pour dire que l’arrêt *Khan* insiste « sur la compréhension, en termes abstraits, du devoir de dire la vérité et des questions d’ordre métaphysique que cet accent engendrait » (par. 62). Le critère énoncé dans *Khan*, selon moi, a un effet diamétralement opposé. Dans cette affaire, le juge Robins a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant à un enfant qui témoigne sous serment les normes applicables à une situation dans laquelle on cherchait seulement à obtenir le témoignage d’un enfant qui n’a pas prêté serment et auquel des normes moins rigoureuses s’appliquaient. Le juge Robins a souligné en termes on ne peut plus clairs la différence entre les deux normes :

An appreciation of the assumption of “a moral obligation” or “getting a hold on the conscience of the witness” or . . . an “appreciation of the solemnity of the occasion” or an awareness of an added duty to tell the truth over and above the ordinary duty to do so are all matters involving abstract concepts which are not material to a determination of whether a child’s unsworn evidence may be received. A child need not comprehend “what it is to tell the truth in court” or to appreciate “what happens when you tell a lie in the courtroom” before he or she can give unsworn evidence. [Emphasis added; emphasis in original deleted; pp. 205-6.]

Therefore, I have no disagreement with the Chief Justice insofar as she affirms the existing law that the judge’s inquiry should not ask the potential witness to “articulate abstract concepts” (para. 31) or tell what “the truth means in abstract terms” (para. 35) or venture into “abstract, philosophical realms” (para. 56) or conduct “an abstract inquiry into the nature of the obligation to tell the truth” (para. 58). Nor did *Khan*, or McLachlin J. in *Rockey*, in my view, “insist on the articulation of the nature of the obligation to tell the truth, abstracted from particular situations” (para. 61). On the contrary, it seems to me that *Khan* affirms — not denies — that “[i]t is unnecessary and indeed undesirable to conduct an abstract inquiry” (para. 64). At no point does *Khan* require an explanation of “the nature of the obligation to tell the truth in philosophical terms” (para. 66). The reasons of McLachlin J. in the later case of *Rockey* expressed no disagreement with the *Khan* approach. It is the present majority opinion that effects a marked departure from the existing jurisprudence.

B. *An Issue of Statutory Interpretation*

[115] The bottom line of the majority judgment in this case is that s. 16(3) precludes a court from conducting an inquiry into whether (as McLachlin J. in *Rockey* put it) the proposed witness has “the ability to promise to tell the truth” (para. 25). This is based, it is said, on “[t]he first and cardinal principle of statutory interpretation [which] is that one must look to the plain words of the provision. Where

[TRADUCTION] Apprécier le fait d’assumer « une obligation morale » ou « la prise de conscience du témoin » ou [. . .] « apprécier le caractère solennel de l’occasion » ou être conscient d’un devoir de dire la vérité qui va au-delà du devoir normal de dire la vérité sont toutes des questions comportant des concepts abstraits qui n’ont pas d’incidence au moment de déterminer si le témoignage d’un enfant qui n’a pas prêté serment peut être admis. Avant de faire une déposition sans avoir prêté serment, un enfant n’a pas à comprendre « ce que signifie dire la vérité devant le tribunal » ni à apprécier « les conséquences d’un mensonge dans la salle d’audience ». [Je souligne; italiques dans l’original omis; p. 205-206.]

Par conséquent, je ne conteste pas l’exposé que donne la Juge en chef de l’état du droit lorsqu’elle dit que, dans son interrogatoire, le juge ne devrait pas demander au témoin éventuel de « formuler [d]es concepts abstraits » (para. 31) ou d’expliquer « en termes abstraits ce que signifie dire la vérité » (para. 35) ni s’aventurer dans le « domaine plus abstrait de la philosophie » (para. 56) ou mener « un interrogatoire dans l’abstrait sur la nature de l’obligation de dire la vérité » (para. 58). Et selon moi, ni l’arrêt *Khan* ni la juge McLachlin dans l’arrêt *Rockey* n’ont « [i]nsist[é] sur la formulation de la nature de l’obligation de dire la vérité, sans égard à des situations particulières » (para. 61). Au contraire, il me semble que *Khan* confirme — au lieu de nier — qu’« [i]l n’est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite » (para. 64). L’arrêt *Khan* n’exige aucunement une explication « en termes philosophiques [de] la nature de l’obligation de dire la vérité » (para. 66). Dans ses motifs dans l’arrêt *Rockey*, la juge McLachlin ne rejette nullement l’approche retenue dans *Khan*. C’est l’opinion des juges de la majorité en l’espèce qui rompt nettement avec la jurisprudence.

B. *Une question d’interprétation de la loi*

[115] Les juges de la majorité affirment essentiellement en l’espèce que le par. 16(3) empêche le tribunal de procéder à une enquête visant à déterminer si (comme l’a dit la juge McLachlin dans *Rockey*) le témoin éventuel a « [l]a capacité [. . .] de promettre de dire la vérité » (para. 25). Ils disent se fonder sur « le principe fondamental de l’interprétation des lois, [suivant lequel] il faut examiner

ambiguity arises, it may be necessary to resort to external factors to resolve the ambiguity Section 16 shows no ambiguity” (McLachlin C.J., at para. 26).

[116] A more contextual approach to statutory interpretation has been emphasized by our Court on numerous occasions in recent years, as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting Professor Driedger:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(F. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

[117] Leaving aside for the moment the amendments relating to children in s. 16.1 added by the 2005 amendments, the relevant “three options” for persons with mental disability are set out in s. 16(1) to (4) as follows:

16. (1) [Witness whose capacity is in question] If a proposed witness is a person of fourteen years of age or older whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

- (a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and
- (b) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) [Testimony under oath or solemn affirmation] A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) [Testimony on promise to tell truth] A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may, notwithstanding any provision of any Act requiring an oath or a solemn affirmation, testify on promising to tell the truth.

le libellé explicite de la disposition. En cas d’ambiguïté, il peut être nécessaire d’avoir recours à des facteurs externes pour la dissiper [. . .] L’article 16 ne comporte aucune ambiguïté » (la juge en chef McLachlin, par. 26).

[116] À plusieurs reprises au cours des dernières années, notre Cour a insisté sur une méthode d’interprétation des lois plus contextuelle telle qu’énoncée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21, où la Cour cite le professeur Driedger :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87)

[117] Abstraction faite pour l’instant des modifications applicables aux enfants apportées en 2005 par l’ajout de l’art. 16.1, les « trois possibilités » applicables aux personnes ayant une déficience intellectuelle sont énoncées comme suit aux par. 16(1) à (4) :

16. (1) [Témoign dont la capacité mentale est mise en question] Avant de permettre le témoignage d’une personne âgée d’au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider si :

- a) d’une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle;
- b) d’autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) [Témoignage sous serment] La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) [Témoignage sur promesse de dire la vérité] La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu’une disposition d’une loi exige le serment ou l’affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.

(4) [Inability to testify] A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.

[118] Section 16 mandates only one “inquiry” by the trial judge in dealing with a witness “whose mental capacity is challenged”. Section 16(3) is simply part of a single evaluation in which the trial judge considers the gamut from permitting the challenged witness to testify under oath to not being able to testify at all.

[119] As to whether the expression “promising to tell the truth” means more than the mere verbal ability to mouth the words I refer to what McLachlin J. herself said in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236: “The phrase ‘communicate the evidence’ indicates more than mere verbal ability.” Equally, it seems to me, the requirement that a witness promise to tell the truth requires more than “mere verbal ability” to say the words. The trial judge is required to ascertain whether the witness possesses not only the “mere verbal ability” but understands “in ordinary, everyday terms” the difference between truth and fiction and the importance of sticking to the former in his or her testimony.

[120] In the initial version of s. 16 proposed by the government, there appeared a requirement that a child be “of sufficient intelligence” to testify. This was deleted. The Chief Justice suggests that the record of the Legislative Committee on Bill C-15 shows that “sufficient intelligence” was essentially understood as the ability to appreciate the moral difference between telling the truth and lying (para. 29). I disagree. As I read the legislative record, the term “sufficient intelligence” was dropped from the draft bill because in the

(4) [Inaptitude à témoigner] La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui n’est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) [Charge de la preuve] La partie qui met en question la capacité mentale d’un éventuel témoin âgé d’au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu’il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle.

[118] L’article 16 ne requiert du juge du procès qu’une seule « enquête » à l’égard d’une personne « dont la capacité mentale est mise en question ». Le paragraphe 16(3) s’inscrit simplement dans une analyse unique par laquelle le juge du procès envisage toutes les solutions possibles, allant du témoignage sous serment à l’incapacité à témoigner.

[119] Quant à savoir si l’expression « en promettant de dire la vérité » signifie plus que la simple capacité verbale d’articuler les mots, je renvoie aux propos de la juge McLachlin elle-même dans l’arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 236 : « L’expression “communiquer les faits dans son témoignage” indique plus qu’une simple capacité verbale. » Il me semble de même que si l’on exige de la personne qu’elle promette de dire la vérité, il faut plus que la « simple capacité verbale » de prononcer les mots. Le juge du procès doit s’assurer que la personne possède non seulement la « simple capacité verbale », mais également qu’elle comprend « au sens ordinaire de la vie quotidienne » la différence entre la vérité et la fiction, ainsi que l’importance de s’en tenir à la vérité lors de son témoignage.

[120] Dans la version initiale de l’art. 16 proposée par le gouvernement, il était exigé de la personne qu’elle soit « suffisamment intelligente » pour témoigner. Cette exigence a été supprimée. Selon la Juge en chef, les procès-verbaux du Comité législatif sur le projet de loi C-15 révèlent que l’expression « suffisamment intelligente » s’entendait essentiellement de la capacité d’apprécier la différence morale entre dire la vérité et mentir (par. 29). Je ne partage pas cette opinion. Selon mon interprétation de ces procès-verbaux, l’expression « suffisamment

Committee's view it potentially risked being interpreted as requiring judges to evaluate a child witness's IQ rather than his or her capacity to communicate and understand the difference between truth and lies. The Parliamentarians were assured that s. 16(3), without the words "sufficient intelligence", still required that "the child understands the difference between telling the truth and lying", as demonstrated in the following exchange:

[The Hon. Mary] Collins: Yes. However, if we leave in the "sufficient intelligence", and with the interpretation that has been given, I still feel that is going to be a potential barrier.

Mr. Pink: It may be that the committee is going to have to decide on words other than "sufficient intelligence". What is the purpose of the query in the first place? Does it not really boil down to determining truth or falsehood? Is that not what it is all about?

[The Hon. Mary] Collins: I would think so. Yes. So if the child understands the difference between telling the truth and lying, that would seem to me to be all you would really need to find out.

Mr. Pink: I agree.

[The Hon. Mary] Collins: Thank you. [Emphasis added; p. 27.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986)

[121] This seems as clear a demonstration as one could ask for from the Parliamentary record that it was intended under s. 16(3) that the trial judge be satisfied that the witness "understands the difference between telling the truth and lying" (emphasis added). Nothing in the legislative record of the 1987 amendments suggests that the mere verbal ability to mouth the words of a promise would be sufficient.

[122] As to the "object of the Act", it seems clear that Parliament, in making the amendments to s. 16

intelligente » a été radiée de l'avant-projet de loi parce que, de l'avis du Comité, elle aurait pu prêter à une interprétation obligeant les juges à évaluer le quotient intellectuel des enfants plutôt que leur capacité de communiquer et de comprendre la différence entre la vérité et le mensonge. Les membres du Comité ont obtenu l'assurance que, même sans les mots « suffisamment intelligente », le par. 16(3) exigeait toujours que « l'enfant compren[ne] la différence entre dire la vérité et dire un mensonge », comme l'illustre l'échange qui suit :

[L'hon. Mary] Collins : Oui. Cependant, si nous conservons le concept de « l'intelligence suffisante », et si on l'interprète de la même façon que précédemment, j'ai quand même l'impression que cela constituera peut-être un obstacle.

M. Pink : Il faudra peut-être que le Comité choisisse alors d'autres termes que « intelligence suffisante ». De toute façon, pourquoi pose-t-on d'abord toutes ces questions? S'agit-il vraiment de savoir si le témoin sait distinguer entre le vrai et le faux? Est-ce que tout ne revient pas à cela?

[L'hon. Mary] Collins : Je le pense. Oui. En conséquence, si l'enfant comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge, il me semble que l'on disposerait là de tout ce dont on a vraiment besoin.

M. Pink : J'abonde en ce sens.

[L'hon. Mary] Collins : Merci. [Je souligne; p. 27.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 2, 2^e sess., 33^e lég., 4 décembre 1986)

[121] Cet extrait des procès-verbaux du Comité démontre on ne peut plus clairement, il me semble, que le législateur voulait, au par. 16(3), que le juge du procès soit convaincu que la personne « comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge » (je souligne). Les procès-verbaux du Comité relatifs aux amendements de 1987 ne donnent nullement à penser que la simple capacité verbale d'articuler les mots d'une promesse serait suffisante.

[122] En ce qui concerne l'« objet de la loi », il semble évident que le législateur, en modifiant

in 1987 (S.C. 1987, c. 24), was attempting to strike a balance between access to justice and the rights of an accused in enacting s. 16 (*ibid.*, No. 1, November 27, 1986, at pp. 21, 24 and 33). A promise to tell the truth affords some protection to an accused, but not if “the promise” is reduced to an empty formality (or, to use McLachlin J.’s phrase in *Marquard*, to a “mere verbal ability” (p. 236)), which is the unfortunate result of the majority judgment in this case.

C. *The Proper Interpretation of Section 16(3) Was Not Altered by the 2005 Amendments Related to the Evidence of Children Under 14 Years Old*

[123] In 2005, Parliament amended the *Canada Evidence Act* with respect to the unsworn evidence of children based in part on the report of the Child Witness Project at Queen’s University. I agree with the Chief Justice that “Parliament’s concern in enacting the 2005 amendment to the *Canada Evidence Act* was exclusively with children. The changes arose out of the Bala Report on the problems associated with prosecuting crimes against children. The Parliamentary debates on s. 16.1 attest to the fact that the focus of the 2005 amendment was on children, and only children” (para. 41 (emphasis added)).

[124] The 2005 amendments provide as follows (S.C. 2005, c. 32):

16.1 (1) [Person under fourteen years of age] A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

(2) [No oath or solemn affirmation] A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) [Evidence shall be received] The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

l’art. 16 en 1987 (L.C. 1987, ch. 24), tentait en adoptant cette disposition d’établir un juste équilibre entre l’accès à la justice et les droits de l’accusé (*ibid.*, n° 1, 27 novembre 1986, p. 21, 24 et 33). Une promesse de dire la vérité fournit à l’accusé une certaine protection, mais pas si « la promesse » est réduite à une formalité vide de sens (ou une « simple capacité verbale », les mots qu’emploie la juge McLachlin dans *Marquard* (p. 236)), ce qui est le résultat regrettable auquel parviennent les juges majoritaires en l’espèce.

C. *Les modifications apportées en 2005 relativement au témoignage des enfants âgés de moins de 14 ans n’ont pas changé l’interprétation qu’il convient de donner au par. 16(3)*

[123] En 2005, en se fondant en partie sur le rapport du Child Witness Project de l’Université Queen’s, le législateur a modifié la *Loi sur la preuve au Canada* en ce qui concerne les dispositions relatives au témoignage des enfants qui ne prêtent pas serment. Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire qu’« en adoptant en 2005 les modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur visait exclusivement les enfants. Les modifications ont été apportées comme suite au rapport Bala traitant des problèmes associés à la poursuite des actes criminels perpétrés contre les enfants. Les débats de la Chambre des communes portant sur l’art. 16.1 attestent que les modifications de 2005 avaient exclusivement trait aux enfants » (par. 41 (je souligne)).

[124] Les modifications apportées en 2005 prévoient ce qui suit (L.C. 2005, ch. 32):

16.1 (1) [Témoignage admis en preuve] Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) [Témoignage admis en preuve] Malgré toute disposition d’une loi exigeant le serment ou l’affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d’affirmation solennelle.

(3) [Témoignage admis en preuve] Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d’y répondre.

(4) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) [Court inquiry] If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) [Promise to tell truth] The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) [Understanding of promise] No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) [Effect] For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

[125] The Crown acknowledges that there are “obvious distinctions” between Parliament’s test for adults with limited mental capacity under s. 16 and children under 14 years of age under s. 16.1 (A.F., at para. 57). For adults, s. 16(3) retains the more expansive test developed in the jurisprudence regarding the ability to communicate the evidence: see *Marquard*. A child need only be able “to understand and respond to questions” (s. 16.1(5)). Section 16(1) retains the potential for a challenged adult to testify under oath, whereas s. 16.1(2) provides that a child witness shall *not* take an oath or make a solemn affirmation. The child, as in the case of the challenged adult, must promise to tell the truth (s. 16.1(6)), but s. 16.1(7) specifically prohibits asking children “any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth”. The Crown contends that research shows “that regardless of an inability to define these abstract concepts, the making of a promise to tell the truth by a child makes it more likely that a

(4) [Charge de la preuve] La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu’il existe des motifs d’en douter.

(5) [Enquête du tribunal] Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d’y répondre.

(6) [Promesse du témoin] Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) [Question sur la nature de la promesse] Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) [Effet] Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

[125] Le ministère public reconnaît qu’il existe des [TRADUCTION] « distinctions évidentes » entre le critère établi par le législateur à l’art. 16 à l’égard des adultes ayant une capacité mentale limitée et celui établi à l’art. 16.1 à l’égard des enfants âgés de moins de 14 ans (m.a., par. 57). Pour les adultes, le par. 16(3) conserve le critère plus large élaboré dans la jurisprudence en ce qui concerne la capacité de communiquer les faits dans un témoignage : voir *Marquard*. Pour l’enfant, il suffit qu’il soit capable « de comprendre les questions et d’y répondre » (par. 16.1(5)). Aux termes du par. 16(1), un adulte dont la capacité mentale est mise en question peut témoigner sous serment alors qu’aux termes du par. 16.1(2), un enfant *ne* peut prêter serment *ni* faire une affirmation solennelle. L’enfant, tout comme l’adulte dont la capacité mentale est mise en question, doit promettre de dire la vérité (par. 16.1(6)), mais le par. 16.1(7) interdit expressément de poser aux enfants une « question sur la compréhension de la nature

child will tell the truth” (A.F., at para. 79 (emphasis added)).

[126] I agree with the Chief Justice that the words “on promising to tell the truth” in s. 16(3) and s. 16.1(6) should receive the same interpretation. It is for that very reason that, in my view, Parliament felt it necessary in 2005 to introduce the s. 16.1(7) “don’t ask” rule. Otherwise, the “simple line of questioning” to determine whether the potential witness understands “the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct” would continue to apply to children under the 2005 amendments as well as to adults whose mental capacity is challenged. The point, however, is that s. 16.1(6), unlike s. 16(3), must be read together with s. 16.1(7) (the “don’t ask” rule), and s. 16.1(7) was limited to children because the empirical research related to “children, and only children”. Thus, the witness from the Department of Justice told the Parliamentary Committee:

Professor Bala’s research seems to highlight that there’s significance in giving that promise because children understand what a promise is all about. [Emphasis added; 17:20.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 77, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2003)

Senator Landon Pearson emphasized the empirical foundation of the “don’t ask” rule:

I want to put on the record the degree to which this provision of the bill is based on a considerable body of research on the capacity of children to understand that when they say “I promise to tell the truth,” that

de la promesse ». Le ministère public plaide que la recherche démontre [TRADUCTION] « que même s’il n’est pas en mesure de définir ces notions abstraites, un enfant qui promet de dire la vérité est plus susceptible de dire la vérité » (m.a., par. 79 (je souligne)).

[126] Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que l’expression « en promettant de dire la vérité » qui figure au par. 16(3) et au par. 16.1(6) devrait être interprétée de la même manière dans les deux dispositions. C’est exactement pour cette raison, selon moi, que le législateur a cru nécessaire d’introduire en 2005 la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions. Autrement, la « série de questions simples » visant à déterminer si le témoin éventuel comprend « le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte » continuerait de s’appliquer aux enfants aux termes de la modification apportée en 2005 ainsi qu’aux adultes dont la capacité mentale est mise en question. Le fait est, toutefois, que contrairement au par. 16(3), le par. 16.1(6) doit être interprété conjointement avec le par. 16.1(7) (l’interdiction de poser des questions), et l’application du par. 16.1(7) a été limitée aux enfants parce que la recherche empirique avait « exclusivement trait aux enfants ». Ainsi, la représentante du ministère de la Justice a dit ce qui suit en comité parlementaire :

Selon les recherches de M. Bala, le fait pour des jeunes de faire une promesse a de l’importance puisqu’ils comprennent de quoi il retourne. [Je souligne; 17:20.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, n° 77, 2^e sess., 37^e lég., 29 octobre 2003)

La sénatrice Landon Pearson a insisté sur le fondement empirique de la règle interdisant de poser des questions :

Je veux simplement dire, pour mémoire, dans quelle mesure les dispositions de ce projet de loi sont fondées sur un corpus impressionnant de recherches sur la capacité des enfants à comprendre leur affirmation « Je

they know what they are doing. [Emphasis added; p. 19.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 17, 1st Sess., 38th Parl., June 23, 2005)

No such empirical studies were carried out with respect to adults with mental disabilities. In their case, there was no “don’t ask” equivalent to s. 16.1(7) even proposed, let alone adopted. As the Chief Justice emphasizes, the 2005 amendments deal with “children, and only children” (para. 41).

[127] The Crown invites us, in effect, to apply the “don’t ask” rule governing children to adults whose mental capacity is challenged, despite evidence of legislative intent to the contrary. It does so on the basis that both are members of a “vulnerable group” (A.F., at para. 58) and should be treated as equivalent. That is a policy argument for Parliament, not a change to be brought about by judicial amendment.

[128] The Chief Justice endorses a version of this equivalence argument in posing a rhetorical question:

When it comes to testimonial competence, precisely what, one may ask, is the difference between an adult with the mental capacity of a six-year-old, and a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old? [para. 52]

In my view, the difference is that a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old does not suffer from a mental disability. The fact that psychiatrists speak of persons with mental disabilities calibrated in terms of mental ages is a useful way of describing the relative extent and severity of a person’s disability, but it does not mean that a 22-year-old woman with a severe mental disability is on the same footing as a six-year-old child with no mental disability whatsoever, and of course the empirical evidence before Parliament in 2005 did not suggest otherwise.

promets de dire la vérité », c’est-à-dire qu’ils comprennent ce serment. [Je souligne; p. 19.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 17, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 juin 2005)

Aucune étude empirique de ce genre n’a été effectuée relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Dans le cas de ces adultes, aucune règle interdisant de poser des questions, équivalente à la règle du par. 16.1(7), n’a même été proposée, et encore moins adoptée. Comme l’a souligné le Juge en chef, les modifications de 2005 avaient « exclusivement trait aux enfants » (par. 41).

[127] Le ministère public nous invite, en réalité, à appliquer aux adultes dont la capacité mentale est mise en question la règle interdisant de poser des questions aux enfants et ce, en dépit de la preuve de l’intention du législateur au contraire. Il fait valoir qu’il s’agit dans les deux cas de membres d’un [TRADUCTION] « groupe vulnérable » (m.a., par. 58) qui doivent être traités de manière équivalente. Il s’agit d’un argument de politique générale à l’intention du législateur et non d’une modification introduite par voie judiciaire.

[128] La Juge en chef se prononce en faveur d’une version de cet argument d’équivalence en posant une question d’ordre rhétorique :

... en ce qui concerne l’habilité à témoigner, on peut se demander quelle est la différence, précisément, entre un adulte ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans et un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans. [par. 52]

Selon moi, la différence est qu’un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans n’a pas une déficience intellectuelle. Le fait pour les psychiatres de classer en fonction de l’âge mental les personnes ayant une déficience intellectuelle se veut une manière utile de décrire l’ampleur et la gravité relatives de la déficience d’une personne, mais cela ne signifie pas qu’une femme âgée de 22 ans ayant une déficience intellectuelle grave est sur un pied d’égalité avec un enfant âgé de six ans n’ayant aucune déficience intellectuelle et, bien sûr, la preuve empirique soumise au législateur en 2005 ne donnait pas à penser autrement.

[129] The rhetorical question posed by the Chief Justice seeks to reverse the onus of proof. It *presumes* without proof the fact of equivalence and demands a rebuttal, but it was for the government to persuade Parliament, if it could, that there is no relevant difference between an adult with a severe mental disability and a child with no mental disability. It made no effort to do so because there was no evidence on which such an argument *could* have been made.

[130] No evidence was led in these proceedings to suggest equivalence and we cannot take judicial notice of alleged “facts” that are neither notorious nor easily verifiable from undisputed sources: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 53. While greater latitude is allowed in the judicial notice of legislative facts (as opposed to adjudicative facts), it would still be necessary for the Crown to show that its assertion of equivalence of children and adults with a mental disability in this respect “would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute for the particular purpose for which it is to be used, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the ‘fact’ to the disposition of the controversy” (*ibid.*, at para. 65 (emphasis deleted)). The Crown’s assertion of equivalence is pure assertion on a key issue, and mere assertion does not meet the *Spence* standard.

[131] Section 16(3) *does not* require an inquiry into the proposed witness’s understanding of the abstract “nature of the obligation to tell the truth”. The argument about abstract concepts was rejected in *Khan* and by McLachlin J. in *Rockey*, and there is no need for the majority to resurrect it at this point for the sole purpose of rejecting it yet again. That is not a point of disagreement between us

[129] La question d’ordre rhétorique posée par la Juge en chef vise à inverser le fardeau de la preuve. La question *suppose* sans aucune preuve à l’appui le fait de l’équivalence et exige que l’on réfute ce fait, mais il appartenait au gouvernement de convaincre le législateur, s’il le pouvait, qu’il n’existe aucune différence palpable entre un adulte ayant une déficience intellectuelle grave et un enfant n’ayant aucune déficience intellectuelle. Le gouvernement n’a déployé aucun effort en ce sens puisqu’il n’existait aucune preuve *susceptible* d’appuyer un tel argument.

[130] Aucun élément de preuve laissant croire que cette équivalence existe n’a été soumis en l’espèce et nous ne pouvons pas prendre connaissance d’office de « faits » allégués qui ne sont ni notoires, ni facilement vérifiables en ayant recours aux sources incontestées : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53. Si les juges ont plus de latitude pour prendre connaissance d’office des faits législatifs qu’ils n’en ont à l’égard des faits en litige, le ministère public devrait tout de même démontrer, relativement à l’équivalence qu’il invoque entre les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle, qu’« une personne raisonnable ayant pris la peine de s’informer sur le sujet considérerait que ce “fait” échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s’accroissent directement en fonction de la pertinence du “fait” pour le règlement de la question en litige » (*ibid.*, par. 65 (italiques omis)). La prétention du ministère public relative à l’équivalence n’est que pure prétention relativement à une question clé, et une simple prétention ne satisfait pas au critère établi dans l’arrêt *Spence*.

[131] Le paragraphe 16(3) *n’exige pas* que l’on vérifie si le témoin éventuel comprend, dans l’absolu, la « nature de l’obligation de dire la vérité ». L’argument au sujet des concepts abstraits a été rejeté dans *Khan* et par la juge McLachlin dans *Rockey*, et point n’est besoin que les juges majoritaires reviennent avec cet argument à ce moment-ci à seule fin de le rejeter de nouveau. Nous ne

and should not be portrayed as such. Section 16(3) requires only the “ability to promise to tell the truth” (quoting *Rockey*) in terms of ordinary, everyday social conduct.

[132] It is the majority, not the minority here, that must resort to extraneous language not found in s. 16(3) to achieve the result it seeks. As stated, I agree with the Chief Justice that the words “on promising to tell the truth” in s. 16(3) must bear the same meaning as “to promise to tell the truth” in s. 16.1(6). That being the case, the majority must read the s. 16.1(7) “don’t ask” rule applicable only to children into s. 16(3) applicable only to mentally challenged adults in order to read down the words “promising to tell the truth” in s. 16(3), and thus rob the words of s. 16(3) of their ordinary meaning, in my opinion.

[133] The Chief Justice refers to s. 45 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, for the proposition that no inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the adoption of s. 16.1(7) with respect to children (para. 46). Professor P.-A. Côté puts the point somewhat differently:

The provisions [s. 45] do not, for example, prevent interpreting the act of amendment as an expression of the legislature’s opinion; they simply eliminate an *a priori* presumption (“shall not be deemed”). The context, or even the formulation (in the form of a preamble, for example), of an amendment is quite capable of marking a clear desire to change the state of the law.

(P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 569)

In any event, this is not the foundation of the respondent’s argument. He relies on s. 16(3) as it was enacted in 1987. He does not rely, nor does he need to rely, on the 2005 amendments which, as the majority concedes, apply only to children.

sommes pas en désaccord sur ce point et il ne faudrait pas laisser croire que tel est le cas. Le paragraphe 16(3) exige uniquement la « capacité [. . .] de dire la vérité » (citant *Rockey*) au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne.

[132] Ce sont les juges de la majorité, non les juges dissidents, qui doivent, pour obtenir le résultat qu’ils souhaitent, avoir recours à des termes extrinsèques qu’on ne trouve pas au par. 16(3). Je le répète, je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que les mots « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) doivent avoir le même sens que les mots « promettre [. . .] de dire la vérité » au par. 16.1(6). Cela étant, les juges majoritaires doivent incorporer, au par. 16(3) applicable uniquement aux adultes ayant une déficience intellectuelle, la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions, qui s’applique uniquement aux enfants, afin d’atténuer l’expression « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) et, à mon avis, de priver ce paragraphe de son sens ordinaire.

[133] La Juge en chef cite l’art. 45 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, comme fondement de l’affirmation suivant laquelle aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de l’adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants (para. 46). Le professeur P.-A. Côté exprime ce point de vue un peu différemment :

. . . les textes [l’art. 45] n’interdisent pas de voir dans une modification une manifestation d’opinion du Parlement : ils ne font qu’écarter toute présomption à ce sujet (« *shall not be deemed* »). Il pourrait très bien arriver que le contexte d’une modification, ou même la formulation de la loi modificative, le préambule par exemple, fasse voir une volonté de changer le droit.

(P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 617)

Quoi qu’il en soit, il ne s’agit pas là du fondement de l’argument de l’intimé. Ce dernier se fonde sur le par. 16(3) tel qu’il a été adopté en 1987. Il ne se fonde pas, et n’a pas besoin de se fonder, sur les modifications apportées en 2005 qui, les juges de la majorité le concèdent, s’appliquent uniquement aux enfants.

D. *Was the Section 16(3) Test Misapplied in This Case?*

[134] The Crown contends that, even if the *Khan* test is affirmed, it was not applied properly in this case. Firstly, the trial judge should have sought assistance from individuals apart from Dr. K., a forensic psychiatrist called by the defence, whose evidence was, in any event, put aside by the trial judge as unnecessary. The trial judge did not hear from K.B.'s teacher or other support workers who were familiar with K.B.'s strengths and weaknesses for purposes of the s. 16 inquiry. The Crown argues that they could have assisted the court to pose questions in a way that K.B. was capable of dealing with. To do so could have disclosed K.B.'s true capacity to deal with concrete facts without the distraction of conceptual issues, which, as the *voir dire* confirmed, K.B. could not handle. Secondly, the Crown says that the trial judge, having chosen to proceed without such assistance, misdirected his questions to metaphysical issues which could not and did not provide the basis for a fair determination of K.B.'s mental capacity.

[135] I approach the trial judge's assessment of K.B. on the basis of "the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth" (*Rockey*, at para. 25).

(1) The Ability to Communicate the Evidence

[136] The trial judge clearly had serious concerns about this first branch of the test. He reminded K.B.'s teacher, Ms. W., of testimony she had given at the preliminary inquiry, in which Ms. W. had said the following:

If the purpose of her testifying is to determine the truth of what happened, her capacity to express her recollections could be severely limited. So the court may be asking her to do something that she can't do, and her failure to do that may skew her knowledge of what happened. In other words, the outcome — there's a

D. *Le critère du par. 16(3) a-t-il été mal appliqué en l'espèce?*

[134] Le ministère public prétend que, même si le critère de l'arrêt *Khan* est confirmé, il n'a pas été appliqué correctement en l'espèce. Premièrement, le juge du procès aurait dû demander l'aide de personnes autres que le D^r K., un psychiatre légiste cité par la défense, dont le témoignage a été de toute façon écarté par le juge du procès au motif qu'il n'était pas nécessaire. Le juge n'a pas entendu, pour les besoins de l'enquête prévue à l'art. 16, l'enseignante de K.B. ni les autres personnes de soutien qui connaissaient les forces et faiblesses de K.B. Le ministère public prétend que ces personnes auraient pu aider la cour à poser des questions de façon à ce que K.B. soit capable de les comprendre et d'y répondre. Ainsi, il aurait été possible de voir la véritable capacité de K.B. d'examiner des faits concrets sans être distraite par des notions conceptuelles que K.B., comme le voir-dire l'a confirmé, n'était pas en mesure de saisir. Deuxièmement, le ministère public affirme que le juge du procès, ayant choisi de procéder sans demander d'aide, a posé par erreur des questions d'ordre métaphysique qui ne permettaient pas de rendre une décision équitable sur la capacité mentale de K.B.

[135] J'aborde l'appréciation que le juge du procès a faite de K.B. en fonction de « sa capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité » (*Rockey*, par. 25).

(1) La capacité de communiquer les faits dans son témoignage

[136] Le juge du procès avait manifestement de sérieuses réserves quant à ce premier volet du critère. Il a rappelé à l'enseignante de K.B., M^{me} W., la déposition qu'elle avait faite à l'enquête préliminaire, dans laquelle M^{me} W. avait déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Si son témoignage doit servir à déterminer ce qui s'est réellement produit, sa capacité d'exprimer ses souvenirs pourrait être très limitée. La cour pourrait lui demander de faire quelque chose qu'elle ne peut pas faire, et le fait qu'elle ne puisse pas le faire peut fausser sa connaissance de ce qui est arrivé. Autrement

potential for the outcome to not get at the truth, because of . . . her incapacity to express that. [Emphasis added; hearsay decision, at para. 4.]

This evidence, given earlier at the preliminary inquiry, was properly considered by the trial judge at the subsequent competency hearing.

[137] Moreover, during the competency *voir dire* itself, Dr. K., observing K.B.'s low tolerance for frustration, testified, "I don't think she has the ability to think what you're asking and come up with an answer" (A.R., vol. I, at p. 161). The expert also stated, as noted by the trial judge, and echoing the words in *Rockey*, that K.B. "had serious problems relating to her ability to communicate and to recollect" (hearsay decision, at para. 7 (emphasis added)). She could not adequately communicate evidence because, by reason of her mental disability, she was simply unable to "compute" what she was being asked.

[138] The accuracy of the trial judge's assessment of the extent of K.B.'s mental disability was corroborated and confirmed at subsequent stages of the trial. In the course of her testimony at the hearsay *voir dire*, for example, Ms. W., K.B.'s teacher, referred to a statement K.B. had made to an educational assistant, claiming that she, K.B., had spent the weekend at the respondent's house (which was not true). Ms. W. said that if K.B. were asked what she had done that weekend, and replied "[D.A.I.]'s place", this might have meant that she had been *thinking about* D.A.I. and *wanted* to go to his place, not that she had gone there at all (A.R., vol. II, at pp. 25 and 27; see also p. 7). Communication of wishful thinking is not communication of evidence.

[139] Further, the trial judge, in rejecting K.B.'s out-of-court statements, adverted to the earlier observations that K.B. had "serious problems in communicating her evidence, her incapacity to

dit, en fin de compte — il est possible en fin de compte de ne pas apprendre la vérité, en raison de [. . .] son incapacité de l'exprimer. [Je souligne; décision relative au ouï-dire, par. 4.]

Cette déposition, qui avait été faite lors de l'enquête préliminaire, a été prise en compte comme il se doit par le juge du procès au cours de l'audition ultérieure relative à l'habilité à témoigner.

[137] En outre, au cours même du voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, le D^r K., constatant la faible tolérance de K.B. face à la frustration, a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Je ne crois pas qu'elle ait la capacité de penser à vos questions et de donner une réponse » (d.a., vol. I, p. 161). Le juge du procès a souligné que l'expert, répétant les propos tenus dans *Rockey*, a déclaré aussi que K.B. [TRADUCTION] « avait de sérieux problèmes liés à sa capacité de communiquer et de se souvenir » (décision relative au ouï-dire, par. 7 (je souligne)). Elle ne pouvait pas communiquer adéquatement les faits dans son témoignage parce que, du fait de sa déficience intellectuelle, elle était tout simplement incapable de « computer » ce qu'on lui demandait.

[138] Les étapes subséquentes du procès ont corroboré et confirmé la justesse de l'appréciation, par le juge du procès, de la gravité de la déficience intellectuelle de K.B. Au cours de son témoignage lors du voir-dire relatif au ouï-dire, par exemple, M^{me} W., l'enseignante de K.B., a fait part d'une déclaration dans laquelle K.B. avait dit à une aide-éducatrice avoir passé la fin de semaine chez l'intimé (ce qui n'était pas vrai). M^{me} W. a dit que si l'on demandait à K.B. ce qu'elle avait fait pendant la fin de semaine et qu'elle répondait [TRADUCTION] « chez [D.A.I.] », cela pouvait signifier qu'elle avait *pensé* à D.A.I. et qu'elle *voulait* aller chez lui, et non qu'elle y était allée (d.a., vol. II, p. 25 et 27; voir aussi p. 7). La communication de ses rêveries n'est pas une communication des faits dans un témoignage.

[139] De plus, en rejetant les déclarations judiciaires de K.B., le juge du procès a fait allusion à ses observations antérieures à propos de K.B., à savoir [TRADUCTION] « [ses] sérieuses difficultés à

answer relatively simple questions surrounding the allegations, her confusion with respect to whether or not she spoke to her mother” (hearsay decision, at para. 53 (emphasis added)).

[140] While it is true that the trial judge emphasized the second branch of the test (the ability to promise to tell the truth), his concerns about K.B.’s ability to communicate the evidence are plain and obvious and were in themselves sufficient to conclude that she lacked the capacity to testify by reason of her severe mental disability.

(2) The Ability to Promise to Tell the Truth

[141] As noted by the Chief Justice, this was the principal ground for the rejection of K.B.’s evidence. However, I believe, as did Doherty and MacPherson J.J.A., for a unanimous Court of Appeal, that this conclusion was certainly open to the trial judge on the evidence.

[142] At the competency hearing, Dr. K. counselled the trial judge that “when you ask about truth, honesty, lie, these are difficult concepts for anybody” (A.R., vol. I, at p. 137). The inquiry, he said, could better be pursued by asking K.B. what she had for breakfast or “other areas in her life, day to day events, and see whether she can understand what is true and what is lie” (p. 140). Such questions would yield an answer that could be verified one way or another (p. 145) and, according to Dr. K., could assist to “see whether she has any ability to discriminate between what is real or just come up with an answer kind of thing” (p. 137).

[143] Armed with this guidance, the trial judge embarked on a second round of questions to ascertain K.B.’s capacity. He asked K.B. a series of simple and concrete questions about her family, school, breakfast routine, and so on. He then posed

communiquer les faits dans son témoignage, [. . .] son incapacité à répondre à des questions relativement simples portant sur ses allégations, [. . .] sa confusion quant à savoir si elle avait ou non parlé à sa mère » (décision relative au ouï-dire, par. 53 (je souligne)).

[140] Le juge du procès a effectivement mis l’accent sur le deuxième volet du critère (la capacité de promettre de dire la vérité), mais les réserves qu’il a exprimées quant à la capacité de K.B. de communiquer les faits dans son témoignage sont claires et évidentes et lui suffisaient pour conclure qu’elle n’avait pas la capacité de témoigner du fait de sa grave déficience intellectuelle.

(2) La capacité de promettre de dire la vérité

[141] Comme l’a souligné la Juge en chef, il s’agissait du principal motif justifiant le rejet du témoignage de K.B. Toutefois, tout comme les juges Doherty et MacPherson qui s’exprimaient au nom d’une Cour d’appel unanime, j’estime qu’il était certainement loisible au juge du procès de conclure comme il l’a fait en se fondant sur la preuve.

[142] À l’audience relative à l’habilité à témoigner, le D^r K. a dit au juge du procès que [TRADUCTION] « les questions au sujet de la vérité, l’honnêteté et le mensonge portent sur des notions difficiles à saisir pour tous » (d.a., vol. I, p. 137). Selon lui, l’enquête serait facilitée si l’on demandait à K.B. ce qu’elle a mangé au petit-déjeuner ou en lui posant des questions à propos « d’autres aspects de sa vie, sa routine quotidienne, et voir si elle peut comprendre ce qu’est la vérité et ce qu’est le mensonge » (p. 140). De telles questions apporteraient des réponses vérifiables d’une façon ou d’une autre (p. 145) et, selon le D^r K., aideraient à « savoir si elle est capable de distinguer ce qui est réel ou si elle répond ce qui lui passe par la tête » (p. 137).

[143] Fort de ces conseils, le juge du procès a entrepris de poser une seconde série de questions en vue de vérifier la capacité de K.B. Il a posé à cette dernière une série de questions simples et concrètes à propos de sa famille, de son école, de

the following questions to K.B. and received the following responses (*ibid.*, at pp. 155-56):

[THE COURT:]

- Q.** You don't know. Do you know why you're here today?
- A.** I don't know. To talk about [D.A.I.].
- Q.** Yes, and do you think that's really important?
- A.** Maybe yeah.
- Q.** Maybe yeah? Remember earlier I was asking you about a promise?
- A.** No.
- Q.** Have you ever made a promise to anybody?
- A.** I don't know.
- Q.** That you promised you'll be good, did you ever say that? Have you ever heard that expression "I promise to be good, mommy"?
- A.** Okay.
- Q.** All right. So do you know what a promise is, that you're going to do something the right way? Do you understand that?
- A.** Okay.
- Q.** Can you tell me whether you understand that, [K.B.]?
- A.** I don't know.
- Q.** Does anything happen if you break a promise?
- A.** I don't know.
- Q.** You told me you don't go to church, right?
- A.** Right.
- Q.** And no one has ever told you about God; is that correct? No one has ever told you about God?
- A.** No.
- Q.** Has anyone ever told you that if you tell big lies you'll go to jail?
- A.** Right.

la routine du déjeuner, et ainsi de suite. Il a ensuite posé les questions suivantes à K.B. qui a répondu comme suit (*ibid.*, p. 155-156) :

[TRADUCTION]

[LA COUR :]

- Q.** Tu ne sais pas. Sais-tu pourquoi tu es ici aujourd'hui?
- R.** Je ne sais pas. Pour parler de [D.A.I.].
- Q.** Oui, et penses-tu que ce soit vraiment important?
- R.** Peut-être, oui.
- Q.** Peut-être oui? Te souviens-tu, plus tôt, quand je t'ai posé des questions à propos d'une promesse?
- R.** Non.
- Q.** As-tu déjà fait une promesse à quelqu'un?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** As-tu déjà promis d'être gentille, as-tu déjà dit cela? As-tu déjà entendu l'expression « je promets d'être gentille, maman »?
- R.** D'accord.
- Q.** Très bien. Alors, sais-tu ce qu'est une promesse, que tu vas agir de la bonne façon? Comprends-tu?
- R.** D'accord.
- Q.** Peux-tu me dire si tu comprends ça, [K.B.]?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Est-ce qu'il arrive quelque chose si tu ne tiens pas une promesse?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu m'as dit que tu ne vas pas à l'église, n'est-ce pas?
- R.** Exact.
- Q.** Et personne ne t'a jamais parlé de Dieu; est-ce exact? Personne ne t'a jamais parlé de Dieu?
- R.** Non.
- Q.** Est-ce qu'on t'a jamais dit que si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?
- R.** Exact.

Q. If you tell big lies will you go to jail?

A. No.

Q. No?

THE COURT: Those are all the questions I'm going to pursue at this point.

The Crown also posed a second set of questions (*ibid.*, at pp. 156-58):

Q. We asked you the last time if you knew the difference between a truth and a lie, do you remember that, [K.B.]?

A. Yeah.

Q. Okay. We talked about the room and the colour of the room?

A. Sometimes.

Q. Okay. Do you think it's important to tell the truth or do you think it matter (*sic*)?

A. Does it matter?

Q. It matters?

A. Does it matter?

Q. Does it matter. Do you understand when I say "matter", do you understand what that means?

A. I don't know.

. . .

Q. Okay. We talked about the room. If I were to say to you that you had eggs for breakfast would that be a truth or a lie?

A. I don't know.

Q. You don't know? How about lunch, if I said you had eggs for lunch, ---

A. Yuk.

Q. --- would that be a truth or a lie?

A. I don't know.

Q. You don't know? Okay.

A. It's getting hard.

Q. It's getting hard?

A. Yeah.

Q. Si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

R. Non.

Q. Non?

LA COUR : Ce sont là toutes mes questions pour l'instant.

Le ministère public a lui aussi posé une seconde série de questions (*ibid.*, p. 156-158) :

Q. Nous t'avons demandé la dernière fois si tu savais la différence entre la vérité et le mensonge, tu t'en souviens, [K.B.]?

R. Oui.

Q. D'accord. Nous avons parlé de la pièce et de la couleur de la pièce?

R. Des fois.

Q. D'accord. Penses-tu qu'il est important de dire la vérité ou penses-tu que cela ait de l'importance?

R. Est-ce que c'est important?

Q. C'est important?

R. Est-ce que c'est important?

Q. Est-ce important. Comprends-tu quand je dis « important », comprends-tu ce que cela signifie?

R. Je ne sais pas.

. . .

Q. D'accord. Nous avons parlé de la pièce. Si je disais que tu as mangé des œufs au petit-déjeuner, est-ce que ce serait la vérité ou un mensonge?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu ne sais pas? Et pour le dîner, si je disais que tu as mangé des œufs au dîner, ---

R. Eurk.

Q. --- ce serait la vérité ou un mensonge?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu ne sais pas? D'accord.

R. Ça commence à être difficile.

Q. Ça commence à être difficile?

R. Oui.

Q. Why is it getting hard?

A. I don't know why.

Q. You don't know. Okay.

MR. SEMENOFF: Thank you.

At the conclusion of K.B.'s testimony, the trial judge ruled her unsworn testimony to be inadmissible. He explained:

What I'm saying is I wouldn't have to hear from [Dr. K.]. I've heard from him but it doesn't in any way add or detract or anything from the opinion I've come to, having watched and questioned this witness, which is my obligation.

In other words, I suppose what I'm saying to you is I'm fully satisfied that this witness does not understand what a promise to tell the truth involves, has no concept of that. None. Zero. Then that's what this inquiry is about. [*Ibid.*, at p. 165]

Contrary to the majority opinion, I do not read the trial judge's assessment as based on K.B.'s inability to articulate concepts. It was based on her inability — by virtue of her mental disability — to “understand what a promise to tell the truth involves”. The trial judge made the sort of practical inquiry in everyday terms that *Khan* required.

[144] This was a borderline case. The Crown complains that some of the questions were too abstract, while the question about going to church was beside the point once it became clear that K.B. would give testimony unsworn or not at all. The trial judge could certainly have proceeded further with pointed and concrete factual questions to get at the degree of K.B.'s disability but he saw and heard K.B. and clearly he believed that he had heard enough. Sitting on appeal with nothing but a bare transcript in front of us, in my opinion, we are not in a position to say that his appreciation of K.B.'s capacity was wrong.

Q. Pourquoi c'est difficile?

R. Je ne sais pas pourquoi.

Q. Tu ne sais pas. D'accord.

M. SEMENOFF : Merci.

À la fin du témoignage de K.B., le juge du procès a décidé que son témoignage non assermenté était inadmissible. Voici son explication :

[TRADUCTION] Ce que je dis, c'est que je n'aurais pas eu à entendre le [D^f K.]. J'ai entendu ce qu'il avait à dire, mais ça n'ajoute ni n'enlève quoi que ce soit à la conclusion à laquelle je suis arrivé, après avoir regardé et interrogé ce témoin, ce que je suis obligé de faire.

Autrement dit, je suppose que ce que je vous dis, c'est que je suis entièrement convaincu que ce témoin ne comprend pas ce que la promesse de dire la vérité signifie, n'en a aucune idée. Aucune. Zéro. Alors, voilà ce en quoi consiste cette enquête. [*Ibid.*, p. 165]

Contrairement à l'opinion des juges majoritaires, j'estime que le juge du procès n'a pas fondé son appréciation sur l'incapacité de K.B. d'articuler des concepts. Il s'est fondé sur son incapacité — attribuable à sa déficience intellectuelle — à « comprendre[re] [. . .] ce que la promesse de dire la vérité signifie ». Le juge du procès a mené, en utilisant des termes concrets et ordinaires, une enquête conforme aux prescriptions de l'arrêt *Khan*.

[144] Il s'agissait d'un cas limite. Le ministère public allègue que certaines questions étaient trop abstraites et que la question à propos de l'église n'était aucunement pertinente lorsqu'il est devenu évident que K.B. témoignerait sans prêter serment ou ne témoignerait pas du tout. Le juge du procès aurait certainement pu continuer à poser des questions factuelles précises et concrètes afin de déterminer l'importance de la déficience intellectuelle de K.B., mais, il a vu et entendu K.B. et, de toute évidence, il estimait en avoir assez entendu. Comme nous siégeons en appel et que nous disposons seulement d'une transcription de l'instance, nous ne sommes pas en mesure de dire, selon moi, que son appréciation de l'habileté de K.B. à témoigner était erronée.

(3) Conclusion on the Competency Issue

[145] Much of the dispute in this case turned on the significance of K.B.'s "I don't know" answers. Clearly, it was an important advantage for the trial judge to watch the questions and answers unfold and to assess whether K.B. was actually able to "compute" her responses to what she was being asked — a condition precedent, surely, to any ability to test her evidence by cross-examination. The trial judge observed K.B.'s demeanour as she struggled with the attempted dialogue. The trial judge was responsible for protecting the fair trial interests of the accused, as well as society's interest in the prosecution of crimes. The inability of K.B. to deal with simple questions would mean that her evidence — however erroneous it might be, and however much (to pick up on her teacher's observation) it might be the product of K.B.'s wishful thinking — would be effectively immune to challenge by the defence, thereby prejudicing the interest of society as well as the accused in a fair trial.

[146] The teacher, Ms. W., thought that a skilled questioner who possessed direct personal knowledge of K.B. might be able to help K.B. overcome these limitations. On this view, a judge would need to rely on the teacher's guidance not only to formulate the questions, but also to interpret K.B.'s responses. Generally speaking, of course, only an expert witness can put opinions before the court and, even then, only when the trial judge would be unable to determine the issue in question properly without expert assistance: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Parrott*, 2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178. At the end of the day, it has to be the judge or jury — not the lay witness — to assess the witness's testimony.

[147] In *Parrott*, the complainant was a mature woman who was said to possess the mental development equivalent in some respects to that of a three- or four-year-old child. The Crown declined

(3) Conclusion relative à la question de l'habilité à témoigner

[145] Une grande partie du litige en l'espèce reposait sur l'importance des réponses de K.B. lorsqu'elle disait [TRADUCTION] « je ne sais pas ». De toute évidence, il s'agissait d'un avantage important pour le juge du procès d'être témoin de l'enchaînement des questions et des réponses et de déterminer si K.B. était réellement capable de « computer » les questions posées et d'y répondre — une condition essentielle, certes, à toute possibilité de vérifier sa déposition lors d'un contre-interrogatoire. Le juge du procès a observé le comportement de K.B. alors qu'elle avait des difficultés à suivre le dialogue. Il incombait au juge du procès d'assurer la protection du droit de l'accusé à un procès équitable ainsi que de l'intérêt de la société à ce que les criminels soient poursuivis. L'incapacité pour K.B. de comprendre des questions simples et d'y répondre signifiait que son témoignage — si erroné soit-il, surtout s'il devait résulter (pour reprendre le propos de l'institutrice de K.B.) des rêveries de K.B. — ne pourrait effectivement être attaqué par la défense, ce qui porterait atteinte à l'intérêt de la société et au droit de l'accusé à un procès équitable.

[146] L'enseignante, M^{me} W., était d'avis qu'un interrogateur qualifié qui connaissait bien K.B. pouvait être en mesure de l'aider à surmonter ces limites. Dans cette optique, un juge devrait se fier aux conseils de l'enseignante non seulement pour formuler les questions, mais aussi pour interpréter les réponses de K.B. Bien entendu, de façon générale, seul un témoin expert peut exprimer ses opinions devant la cour et, même alors, seulement dans le cas où le juge du procès n'est pas en mesure de trancher comme il se doit une question donnée sans l'aide d'un expert : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178. En bout de ligne, c'est au juge ou au jury — non au témoin profane — qu'il appartient d'apprécier la déposition du témoin.

[147] Dans *Parrott*, la plaignante était une femme adulte dont le développement mental pouvait équivaloir à certains égards à celui d'un enfant de trois ou quatre ans. Le ministère public a refusé

to call the complainant herself on the basis that a court appearance might cause her trauma or other adverse effects, and instead called expert witnesses to lay the foundation for the admission of her earlier out-of-court statements. In this context, we held that the experts could not be substituted for calling the complainant herself, but that

[i]f she had been called and it became evident that the trial judge required expert assistance to draw appropriate inferences from what he had heard her say (or not say), or if either the defence or the Crown had wished to pursue the issue of requiring an oath or solemn affirmation, expert evidence might then have become admissible to assist the judge. [para. 52]

[148] I think we should go further in this case and hold that on a competency *voir dire* where the mental capacity of an adult is challenged and the adult is herself called as a proposed witness, the court may also admit evidence from *fact* witnesses personally familiar with the proposed witness's verbal and cognitive abilities and limitations to help the court gain a better understanding of the person's capacity. These witnesses, unlike Dr. K., would not be in a position to express an opinion, but could testify about their direct personal observations of the proposed witness. Such evidence might, if the trial judge considered it helpful, better enable the judge or jury to appreciate her responses (or non-responses) in the witness box.

[149] Ultimately, however, it is the judge who must reach his or her own considered opinion about the level of mental capacity of the proposed witness. Where, as in this case, the judge, after hearing from the proposed witness, considers the calling of additional fact witnesses to be unnecessary, I do not think we are in a position to second-guess that procedural conclusion.

[150] Accordingly, I would reject the Crown's appeal with respect to the trial judge's ruling that

d'assigner la plaignante à témoigner au motif que sa comparution devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice. Il a plutôt assigné des experts afin de justifier l'admission de ses déclarations extrajudiciaires antérieures. Dans ce contexte, nous avons conclu que les experts ne pouvaient pas être appelés à témoigner en remplacement de la plaignante elle-même, mais que

[s]i elle avait été assignée à témoigner et qu'il était devenu évident que le juge du procès avait besoin de l'aide d'experts pour tirer les inférences appropriées de ce qu'il l'a entendue dire (ou ne pas dire), ou si la défense ou le ministère public avait souhaité soulever la question de l'opportunité d'exiger un serment ou une affirmation solennelle, la preuve d'expert aurait alors pu devenir admissible comme aide apportée au juge. [par. 52]

[148] Je crois que nous devrions aller plus loin en l'espèce et conclure que, dans le cadre d'un voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, où la capacité mentale d'une personne adulte est mise en question et la personne adulte est assignée à témoigner, le tribunal peut également admettre les dépositions de témoins des *faits* qui connaissent bien les habilités du témoin éventuel à s'exprimer et à comprendre, ainsi que ses limites, et ce, afin d'aider le tribunal à mieux saisir les capacités de la personne. Ces témoins, contrairement au D^r K., ne seraient pas en mesure d'exprimer une opinion, mais ils pourraient témoigner à propos de ce qu'ils ont eux-mêmes directement observé chez le témoin éventuel. La preuve pourrait, si le juge du procès l'estime utile, aider le juge ou le jury à apprécier les réponses (ou l'absence de réponse) que lui donne la personne qui témoigne.

[149] Cependant, c'est le juge qui, en fin de compte, doit former sa propre opinion éclairée au sujet de la capacité mentale du témoin éventuel. Lorsque, comme en l'espèce, le juge estime qu'il n'est pas nécessaire de citer d'autres témoins de faits après avoir entendu le témoin éventuel, je ne crois pas que nous soyons en mesure de remettre en question cette conclusion de nature procédurale.

[150] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté par le ministère public

the unsworn evidence of K.B. is inadmissible. In his view, the quality of the proposed evidence did not meet the s. 16(3) threshold. Sitting on appeal from this determination, and not having had the advantage of observing and questioning K.B., I see no valid basis for reversing that evidentiary ruling.

E. *Admissibility of Out-of-Court Statements*

[151] The Crown contends that the trial judge erred by effectively deciding that K.B.'s testimonial incompetence predetermined the unreliability of her hearsay statements. The admissibility analysis in a hearsay *voir dire* is to be focused on whether the hearsay dangers have been overcome: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 71. These hearsay dangers include the inability to inquire into the declarant's perception, memory and credibility. The trial judge's conclusion in the competency hearing that K.B. lacked the ability to perceive, recall and communicate events and to understand the difference between truth and falsehood set up, but did not predetermine, the trial judge's conclusion that K.B.'s testimony lacked sufficient reliability. I agree with Doherty and MacPherson J.J.A., that "it is not surprising, and it is not an error, that the trial judge's reasoning on the issue of the threshold reliability in his hearsay ruling was quite similar to his reasoning on the *CEA* s. 16 voir dire" (para. 48). I would therefore not give effect to this ground of appeal.

III. Disposition

[152] I would dismiss the appeal.

APPENDIX A

Until 1987, s. 16 of the *Canada Evidence Act* provided:

16. (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in

relativement à la décision du juge du procès selon laquelle le témoignage non assermenté de K.B. est inadmissible. Selon ce dernier, le témoignage envisagé n'avait pas la qualité nécessaire pour satisfaire au critère énoncé au par. 16(3). Siégeant en appel de cette décision, et n'ayant pas eu l'avantage d'observer et d'interroger K.B., je ne vois aucune raison valable d'annuler cette décision sur l'admissibilité de la preuve.

E. *Admissibilité des déclarations extrajudiciaires*

[151] Le ministère public prétend que le juge du procès a commis une erreur en décidant en fait que l'incapacité à témoigner de K.B. a entraîné automatiquement la non-fiabilité de ses déclarations relatives. L'analyse relative à l'admissibilité lors d'un voir-dire doit être axée sur la question de savoir si les dangers associés au ouï-dire ont été surmontés : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 71. Ces dangers incluent l'incapacité d'examiner la perception, la mémoire et la crédibilité du déclarant. Le fait que le juge du procès ait conclu, lors de l'audience visant à déterminer l'habilité à témoigner, que K.B. n'avait pas la capacité de percevoir, de se souvenir et de raconter ce qui s'est passé et de comprendre la différence entre la vérité et la fausseté l'a amené, mais pas de façon automatique, à conclure que le témoignage de K.B. n'était pas suffisamment fiable. Je suis d'accord avec les juges Doherty et MacPherson pour dire que [TRADUCTION] « ce n'est pas surprenant, et ce n'est pas une erreur, que le raisonnement du juge du procès sur la question du seuil de fiabilité dans sa décision relative au ouï-dire était très semblable à son raisonnement sur le voir-dire prévu à l'art. 16 de la *LPC* » (par. 48). Je suis donc d'avis de rejeter ce motif d'appel.

III. Dispositif

[152] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE A

Jusqu'en 1987, l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoyait ce qui suit :

16. (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis

the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

(2) No case shall be decided upon such evidence alone, and it must be corroborated by some other material evidence.

The origin of this provision, at stake in *Khan*, can be traced back to s. 25 of the *Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. This was the first instance in Canadian history that Parliament legislated on the testimonial competence of children. At the time however, and until 1987, no statutory provision addressed the capacity to testify of adults with mental disabilities. Section 25 of the 1893 *Canada Evidence Act* provided:

25. In any legal proceeding where a child of tender years is tendered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, such child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence and understands the duty of speaking the truth.

2. But no case shall be decided upon such evidence alone, and such evidence must be corroborated by some other material evidence.

On October 29, 1986, Minister of Justice Ramon Hnatyshyn presented the House of Commons with Bill C-15, *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*. During the first reading of Bill C-15, cl. 17 proposed to repeal s. 16 of the *Canada Evidence Act* and to replace it with a new provision:

17. Section 16 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

“**16.** (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

(2) Aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, et il doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

L'origine de cette disposition, en cause dans l'arrêt *Khan*, remonte à l'art. 25 de l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. Pour la première fois dans l'histoire du Canada, le Parlement légiférait sur l'habilité des enfants à témoigner. À l'époque, toutefois, et ce jusqu'en 1987, aucune disposition législative ne traitait de l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle. L'article 25 de cette loi prévoyait ce qui suit :

25. Dans toute procédure légale où l'on offrira un jeune enfant comme témoin, et si cet enfant, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant pourra être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

2. Mais aucune cause ne sera décidée sur ce témoignage seul, et il devra être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

Le 29 octobre 1986, le ministre de la Justice Ramon Hnatyshyn a déposé à la Chambre des communes le projet de loi C-15, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*. En première lecture, l'art. 17 du projet de loi C-15 proposait l'abrogation de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* et son remplacement par une nouvelle disposition :

17. L'article 16 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

« **16.** (1) Avant de permettre à une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question de témoigner, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si :

(a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(b) whether the person is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified may testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified shall not testify.

(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.”

A crucial amendment, for present purposes, was made to the original text of Bill C-15 by the *ad hoc* Legislative Committee on Bill C-15. This amendment replaced the requirement to be “sufficiently intelligent” initially provided in Mr. Hnatyshyn’s proposal with the criterion that the proposed witness be “able to communicate the evidence”.

What is striking from the lengthy works of the Legislative Committee on Bill C-15 is the focus on the “ability to communicate the evidence” as the sole qualitative requirement for the competence of children or adults with mental disabilities who do not understand the nature of an oath. There is nothing in the record of the Committee which suggests that a “promise to tell the truth” also imposed an understanding of the nature of such a promise.

a) d’une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle;

b) d’autre part, celle-ci est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié témoigne sous serment ou affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle, est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui n’est pas suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié ne peut témoigner.

(5) La partie qui met en question la capacité mentale d’un éventuel témoin âgé d’au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu’il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle. »

Un amendement important, pour les besoins de l’espèce, a été apporté au libellé original du projet de loi C-15 par le Comité législatif sur le projet de loi C-15 (un comité *ad hoc*). Par cet amendement, on a remplacé la condition selon laquelle la personne devait être « suffisamment intelligente », qui figurait à l’origine dans la proposition de M. Hnatyshyn, par la condition voulant que le témoin éventuel soit « capable de communiquer les faits dans son témoignage ».

Ce qui retient l’attention dans les longs travaux du Comité législatif sur le projet de loi C-15, c’est l’importance que le Comité a attachée à la « capacité de communiquer les faits dans le témoignage » comme seule condition de nature qualitative relative à l’habilité à témoigner des enfants ou des adultes ayant une déficience intellectuelle qui ne comprennent pas la nature du serment. Les procès-verbaux du Comité n’indiquent aucunement que la « promesse de dire la vérité » exigeait aussi que la personne comprenne la nature de cette promesse.

In fact, the requirement to be “sufficiently intelligent” in the original draft was understood by the Committee as requiring an understanding of the moral difference between telling the truth and lying. On December 4, 1986, the Committee held a discussion on the meaning of “sufficient intelligence”. It came to the conclusion that all that was needed for a witness to be sufficiently intelligent was to understand the moral difference between telling the truth and lying:

Mr. Nicholson: Well, that is the first test. I think the section Mrs. Collins referred to, proposed subsection 16(3) of our proposed section 16, says that if the person does not understand the nature of an oath, well it is fine, because it often happens that the children may not know the concept of God and hell and all that sort of thing. I have seen it happen in a trial, but if the person testifies on the promise of telling the truth then let the judge after that just decide how much weight he or she will place on that evidence without making the other determination of “sufficient intelligence”.

Mr. Pink: Under section 16 of the Canada Evidence Act it says:

. . .

Now, it has been my experience in determining the so-called “sufficient intelligence” — that is, when the judge goes through the series of questions he normally does about how far is he in school, how is he doing in school, and things of that sort, and he knows where he lives, he knows the difference between speaking the truth and speaking a falsity and things of that sort, then the judge concludes he is of sufficient intelligence, we will accept his evidence, but because he does not understand the nature of an oath, it will be unsworn evidence, that is all.

Mr. Nicholson: Do you think that is still a necessary element?

Mr. Pink: Absolutely.

Mr. Nicholson: Do you think it is important to have this, that we cannot just eliminate it and have the judge decide the weight that he gives to the evidence, which is basically what we do with adults?

Mr. Pink: I personally feel that before a child’s evidence is received, he must understand the difference

En fait, pour les membres du Comité, les mots « suffisamment intelligente » figurant dans le projet initial sous-entendaient que la personne comprenne la différence morale entre dire la vérité et mentir. Le 4 décembre 1986, le Comité a discuté de la signification de ces termes. Il est arrivé à la conclusion que tout ce qui était exigé pour qu’un témoin soit suffisamment intelligent était qu’il comprenne la différence morale entre dire la vérité et mentir :

M. Nicholson : Eh bien, il s’agit d’un premier test. À ce sujet, je crois que M^{me} Collins a mentionné le paragraphe 3 de l’article 16, et elle disait que si l’enfant ne comprend pas la nature d’un serment, eh bien il n’y a rien de mal à cela étant donné qu’il arrive souvent que les enfants ne comprennent pas des idées comme Dieu, l’enfer et tout ce genre de choses. Je l’ai d’ailleurs observé moi-même lors d’un procès. Toutefois, si quelqu’un comparaît après avoir promis de dire la vérité, alors laissons au juge le soin d’établir quel poids il accordera aux preuves ainsi fournies sans nous occuper de vérifier s’il y a « intelligence suffisante ».

M. Pink : En vertu de l’article 16 de la Loi sur la preuve au Canada, il est dit ce qui suit, et je cite :

. . .

Or d’après mon expérience lorsqu’il s’agit d’établir cette « intelligence suffisante », c’est-à-dire lorsque le juge pose toute une série de questions, il demande d’habitude à l’enfant où il en est dans ses études, quels sont [ses] résultats scolaires et des choses de ce genre. Il vérifie en outre où habite l’enfant, s’il connaît la différence entre dire la vérité et dire un mensonge et des choses de ce genre. Ensuite, il peut établir qu’il est d’intelligence suffisante et que son témoignage sera donc recevable, mais que son témoignage ne sera pas reçu sous serment, étant donné qu’il ne comprend pas la nature d’un serment, c’est tout.

M. Nicholson : Croyez-vous que cela reste nécessaire?

M. Pink : Tout à fait.

M. Nicholson : Est-il important de conserver cela; ne pouvons-nous pas l’éliminer et tout simplement nous en remettre au juge pour décider de l’importance à accorder aux preuves fournies, c’est-à-dire de procéder comme on le fait avec les adultes?

M. Pink : Personnellement, j’estime qu’avant d’entendre le témoignage d’un enfant, il faut vérifier si

between telling the truth and a falsity; he has to know that before his evidence can be received.

celui-ci comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge; il doit savoir cela avant qu'on entende son témoignage.

Mrs. Collins: How do you deal with the problem of a mentally retarded child? We know that sometimes those children are the victims or are easily the victims of sexual abuse. Also, how do you deal then with children of very, very tender years, who we also know can be victimized by sexual abuse, three-year-olds?

Mme Collins : Qu'avez-vous prévu dans le cas d'un enfant souffrant d'arriération mentale? Nous savons en effet que ces enfants peuvent parfois être assez facilement les victimes d'agression sexuelle. En outre, qu'avez-vous prévu dans le cas d'enfants en très bas âge, qui sont eux aussi l'objet d'agressions sexuelles? Je pense à des enfants de trois ans, par exemple.

Mr. Pink: First of all, I do not think you will ever see a three-year-old giving evidence. I have seen cases where mentally retarded children have in fact given evidence, because the judge was satisfied, after querying him, that he knew the difference between telling the truth or a falsehood. He knew it was right to tell the truth, he knew it was wrong to tell a lie. He did not understand the nature of an oath and all that, so his evidence was not sworn.

M. Pink : D'abord, je crois qu'on ne verra jamais le jour où l'on fera comparaître un enfant de trois ans. J'ai observé certaines causes où on avait fait témoigner des enfants souffrant d'arriération mentale, mais c'était parce que le juge les avait interrogés et savait donc qu'ils connaissaient la différence entre dire la vérité et dire un mensonge. Les enfants savaient qu'il était bien de dire la vérité et mal de dire un mensonge. Ils ne comprenaient cependant pas la nature d'un serment, et leur témoignage n'avait donc pas été reçu sous serment.

Mrs. Collins: Yes. However, if we leave in the "sufficient intelligence", and with the interpretation that has been given, I still feel that is going to be a potential barrier.

Mme Collins : Oui. Cependant, si nous conservons le concept de « l'intelligence suffisante », et si on l'interprète de la même façon que précédemment, j'ai quand même l'impression que cela constituera peut-être un obstacle.

Mr. Pink: It may be that the committee is going to have to decide on words other than "sufficient intelligence". What is the purpose of the query in the first place? Does it not really boil down to determining truth or falsehood? Is that not what it is all about?

M. Pink : Il faudra peut-être que le Comité choisisse alors d'autres termes que « intelligence suffisante ». De toute façon, pourquoi pose-t-on d'abord toutes ces questions? S'agit-il vraiment de savoir si le témoin sait distinguer entre le vrai et le faux? Est-ce que tout ne revient pas à cela?

Mrs. Collins: I would think so. Yes. So if the child understands the difference between telling the truth and lying, that would seem to me to be all you would really need to find out.

Mme Collins : Je le pense. Oui. En conséquence, si l'enfant comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge, il me semble que l'on disposerait là de tout ce dont on a vraiment besoin.

Mr. Pink: I agree. [Emphasis added; pp. 26-27.]

M. Pink : J'abonde en ce sens. [Je souligne; p. 26-27.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986)

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 2, 2^e sess., 33^e lég., 4 décembre 1986)

One week later, on December 11, 1986, the Legislative Committee on Bill C-15 heard evidence from Professor Nicholas Bala, then Director of the Canadian Council on Children and Youth. Professor Bala expressed his fears about the

Une semaine plus tard, le 11 décembre 1986, le Comité législatif sur le projet de loi C-15 a entendu le professeur Nicholas Bala, qui était alors directeur du Conseil canadien de l'enfance et de la jeunesse. Le professeur Bala a fait part de ses craintes

“sufficient intelligence” requirement for testimonial capacity as understood by the Committee, and he proposed replacing it with the ability to communicate criterion:

Dr. Nick Bala . . .

Our concern is that standard of sufficient intelligence. A layperson or indeed even a lawyer not familiar with the case law might think well, of course, you are not going to want to hear from a child not sufficiently intelligent enough to testify. But when one starts looking at the case law and when one realizes that the concept of “sufficient intelligence” is one which appears in the present section 16 of the Canada Evidence Act, one realizes it therefore will be brought to the courts with all the precedents decided and all the traditions decided. That will make it very difficult for children to testify; in particular children under 10 may well be considered, for example, to be of average intelligence, but not of sufficient intelligence to testify.

Therefore we would submit that there should be another test, and the test we have suggested in our brief is a test of ability to communicate; that is to say the judge should be satisfied the child is able to communicate, and if the child seems able to communicate the case should be left to the trier of the fact, the jury or the judge. Obviously a prosecutor who is calling a child as a witness is not going to do that unless the prosecutor is satisfied the child has something to say of value and some recollection of the events, and is not going to be wasting everybody’s time.

(*Ibid.*, No. 3, 2nd Sess., 33rd Parl., December 11, 1986, at p. 7)

The debates that followed in the Committee supported the view that it was not prudent to condition testimonial capacity on sufficiency of intelligence, which was conceived as including an understanding of the difference between truth and falsity. As a result, the Committee modified the proposed amendment to s. 16 of the *Canada Evidence Act* in order to replace the requirement of sufficient intelligence for ability to communicate the evidence, as was originally suggested by Professor Bala.

concernant la compréhension qu’avait le Comité de la condition selon laquelle la personne devait être « suffisamment intelligente » relativement à l’habilité à témoigner, et il a proposé de la remplacer par le critère de la capacité de communiquer les faits dans son témoignage :

M. Nick Bala . . .

Nous nous demandons comment on entend déterminer qu’un enfant est suffisamment intelligent. En effet, un non-initié ou même un avocat qui ne connaît pas bien la jurisprudence, pourrait très bien penser que, de toute manière, on ne voudrait pas entendre le témoignage d’un enfant qui n’est pas suffisamment intelligent. Mais qu’est-ce que cette notion figure dans ce projet de l’article 16 de la Loi sur la preuve, cela veut dire qu’il y aura des précédents et des traditions. Nous craignons donc que cette disposition fasse obstacle aux témoignages des enfants, surtout des enfants âgés de moins de 10 ans qui, même s’ils sont d’intelligence moyenne, pourraient être considérés] comme pas suffisamment intelligents pour témoigner.

Nous préconisons par conséquent l’adoption d’un autre critère qui est la capacité de communiquer. C’est-à-dire que dans les cas où l’enfant semble capable de communiquer, c’est le jury ou le juge qui devrait décider de l’admissibilité du témoignage. Il nous semble assez évident qu’un procureur qui cite un enfant comme témoin ne le fera que s’il est persuadé que l’enfant se souvient assez bien des événements, qu’il ne fera pas perdre le temps de tout le monde et que son témoignage sera utile.

(*Ibid.*, n° 3, 2^e sess., 33^e lég., 11 décembre 1986, p. 7)

Dans les débats qui ont suivi, le Comité a souscrit à l’opinion selon laquelle il n’était pas prudent de faire dépendre l’habilité à témoigner de la condition selon laquelle une personne devait être suffisamment intelligente, laquelle condition était censée sous-entendre que la personne comprenait la différence entre la vérité et la fausseté. Par conséquent, le Comité a amendé la modification envisagée à l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de remplacer la condition selon laquelle la personne devait être suffisamment intelligente par la condition qu’elle devait être capable de communiquer les faits dans son témoignage, comme le professeur Bala l’avait initialement proposé.

As such, s. 18 of the *Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, provided the following:

18. Section 16 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

“16. (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

(a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(b) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.”

The amendment to Bill C-15 shows that Parliament did not intend children and adults with mental disabilities to be questioned on their understanding of the difference between truth and falsehood in order to testify.

Additionally, the fact that the legislative debates emphasized that ability to communicate was the qualitative condition for testimonial capacity under s. 16(3), and that no mention was made that promising to tell the truth required understanding of a promise to tell the truth, demonstrate the intent of Parliament that a mere promise would suffice.

Ainsi, l’art. 18 de la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24, prévoyait ce qui suit :

18. L’article 16 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

« 16. (1) Avant de permettre à une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question de témoigner, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si :

a) d’une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle;

b) d’autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage sous serment ou affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui n’est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) La partie qui met en question la capacité mentale d’un éventuel témoin âgé d’au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu’il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle. »

L’amendement apporté au projet de loi C-15 démontre que le législateur ne voulait pas que les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle soient interrogés sur leur compréhension de la différence entre la vérité et le mensonge afin de pouvoir témoigner.

De plus, le fait que, dans les débats législatifs, il ait été souligné que la capacité de communiquer les faits dans le témoignage était la condition de nature qualitative relative à l’habilité à témoigner prévue au par. 16(3), et que l’on n’ait pas mentionné que la promesse de dire la vérité sous-entendait une compréhension de la promesse de dire la vérité, démontre que le législateur voulait qu’une simple promesse de dire la vérité soit suffisante.

APPENDIX B

The second important amendment to s. 16 of the *Canada Evidence Act* began in 2004, when Minister of Justice Irwin Cotler presented the House of Commons with Bill C-2. In 2005, Parliament adopted the *Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32. Sections 26 and 27 provided:

26. The portion of subsection 16(1) of the *Canada Evidence Act* before paragraph (a) is replaced by the following:

16. (1) If a proposed witness is a person of fourteen years of age or older whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

27. The Act is amended by adding the following after section 16:

16.1 (1) A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

(2) A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

(4) A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their

ANNEXE B

La deuxième modification importante apportée à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* a été introduite en 2004, lorsque le ministre de la Justice Irwin Cotler a déposé le projet de loi C-2 à la Chambre des communes. En 2005, le législateur a adopté la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, ch. 32. Les articles 26 et 27 de cette Loi prévoyaient ce qui suit :

26. Le passage du paragraphe 16(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :

16. (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée d'au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider si :

27. La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 16, de ce qui suit :

16.1 (1) Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) Malgré toute disposition d'une loi exigeant le serment ou l'affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d'affirmation solennelle.

(3) Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(4) La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter.

(5) Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(6) Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en

understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

A reading of the works of the two standing committees which studied Bill C-2 shows that Parliament did not intend the prohibition of questions to children on whether they understand the duty to tell the truth under s. 16.1(7) to change the law. On the contrary, s. 16.1(7) was seen as reaffirming the requirement of s. 16(3) that the ability to communicate the evidence was the sole qualitative condition for capacity and that a mere promise to tell the truth would suffice.

During a debate on the phrasing of s. 16.1(7), held in the House of Commons Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, a discussion between Joe Comartin and Professor Nicholas Bala revealed the perception that s. 16(3) had been misinterpreted by courts. The original intent of the provision was to allow challenged witnesses to testify by merely promising to tell the truth, once they were held to be able to communicate the evidence. This discussion, which occurred on March 24, 2005, shows that s. 16.1(7) was aimed at clarifying the state of the law:

Mr. Joe Comartin (Windsor—Tecumseh, NDP): Professor Bala, to start, I read your material in the paper around the changes you want to proposed subsection 16.1(7), but I don't understand, quite frankly, how you would change it. Proposed subsection 16.1(6) provides, as you're promoting strongly, that no oath be issued, that they simply be required to promise to tell the truth.

So I don't know exactly how you want (7) amended, from its current proposal.

Prof. Nicholas Bala: The concern I have about proposed subsection 16.1(7) is that it says no child shall be

vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

Les procès-verbaux des deux comités permanents qui ont étudié le projet de loi C-2 indiquent que le législateur ne voulait pas modifier l'état du droit en interdisant, au par. 16.1(7), que des questions soient posées aux enfants quant à savoir s'ils comprennent le devoir de dire la vérité. Au contraire, on considérait que le par. 16.1(7) réitérait l'exigence prévue au par. 16(3) selon laquelle la capacité de communiquer les faits dans le témoignage constituait la seule condition de nature qualitative relative à l'habilité à témoigner et qu'une simple promesse de dire la vérité suffisait.

Au cours d'une séance du Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, de la Chambre des communes, portant sur la formulation du par. 16.1(7), une discussion entre Joe Comartin et le professeur Nicholas Bala a révélé que l'on estimait que le par. 16(3) avait été mal interprété par les tribunaux. À l'origine, le législateur voulait, par cette disposition, permettre aux personnes dont la capacité mentale est mise en question de témoigner en ne faisant que promettre de dire la vérité, et ce, dès qu'ils avaient été jugés aptes à communiquer les faits dans leur témoignage. Cette discussion, tenue le 24 mars 2005, révèle que le par. 16.1(7) visait à préciser l'état du droit :

M. Joe Comartin (Windsor—Tecumseh, NPD) : Monsieur Bala, pour commencer, j'ai pris connaissance de votre mémoire et des changements que vous suggérez à l'égard du paragraphe 16.1(7) proposé, mais, en toute franchise, je ne comprends pas comment vous le changeriez. Le paragraphe 16.1(6) proposé prévoit que les enfants ne prêteront pas serment, qu'ils seront simplement tenus de promettre de dire la vérité, et cela correspond à ce que vous préconisez avec tant de vigueur.

Je ne comprends pas exactement de quelle façon vous voulez modifier le paragraphe (7), dans sa forme actuelle.

M. Nicholas Bala : Ce qui me préoccupe du paragraphe 16.1(7) proposé, c'est qu'il prévoit qu'aucune

asked any questions regarding their understanding of the nature “of the promise” for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court, and I would submit to you that it should be “of the promise to tell the truth”.

It’s a relatively small change, but again, the concern I have arises out of the fact that the present legislation has been interpreted very narrowly by judges. When you actually go back through the transcripts — I was actually a witness in 1988, when the provisions came into effect — I think it was thought by people, well, we don’t have to be very explicit here, because the judges will get this right.

Obviously, on many issues we do have to trust our judiciary, but on certain issues I think it’s important to give them as much direction as possible. My concern is that some judge might read this — and we have quite a lot of case law about this — and say, okay, I can’t ask you about your understanding of the nature of the promise, but what about asking you questions about truth-telling? Parliament specifically said in subsection 16.1(6) that you’ll be required to promise to tell the truth. We can’t ask about the nature of the promise, but can we ask you about “truth” and “lie”?

Some judges will continue to interpret it that way. In some ways, it’s a very small amendment, but I assume it’s consistent with your actual intent. My concern, as I say, has been based on how some of these previous provisions have been interpreted. [Emphasis added; p. 7.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005)

This perception was also shared, at the time, by the Department of Justice. Ms. Catherine Kane, Director of the Policy Centre for Victim Issues of Justice Canada, testified that s. 16 was originally intended by Parliament to allow witnesses to give evidence without inquiring into their comprehension of the duty to tell the truth. During her opening statement before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, on July 7,

question sur la compréhension de la nature de la « promesse » ne peut être posée à l’enfant en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal, et j’avance qu’il faudrait reformuler afin qu’il s’agisse de « la promesse de dire la vérité ».

C’est un changement relativement modeste, mais, encore une fois, ma préoccupation découle du fait que la loi actuelle a été interprétée de façon très étroite par les juges. Quand on consulte les transcriptions — j’ai été témoin en 1988, quand les dispositions sont entrées en vigueur — je crois que les gens ont pensé : « Eh bien, nous n’avons pas besoin d’être explicites à cet endroit, car les juges comprendront. »

Évidemment, nous devons faire confiance à notre magistrature au sujet d’un grand nombre de questions, mais, pour certains enjeux, je crois qu’il est important de les orienter le plus possible. Je crains qu’un juge lise ceci — et nous avons une imposante jurisprudence qui reflète cela — et se dis[e] : « Bon, je ne peux t’interroger pour déterminer si tu comprends la nature de la promesse, mais est-ce que je peux te poser des questions sur le sens de la vérité? » Le Parlement prévoit explicitement, au paragraphe 16.1(6), qu’ils seront tenus de promettre de dire la vérité. On ne peut interroger les enfants sur la nature de la promesse, mais est-ce qu’on peut leur poser des questions sur le sens de « vérité » et de « mensonge »?

Certains juges continueront de l’interpréter de cette façon. Dans une certaine mesure, c’est une modification très modeste, mais je suppose que cela correspond au but de votre projet de loi. Ma préoccupation, comme je l’ai dit, concerne la façon dont certaines de ces dispositions antérieures ont été interprétées. [Je souligne; p. 7.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, n^o 26, 1^{re} sess., 38^e lég., 24 mars 2005)

Cette perception était également partagée, à l’époque, par les juristes du ministère de la Justice. M^{me} Catherine Kane, directrice du Centre de la politique concernant les victimes, au ministère fédéral de la Justice, a affirmé que le législateur voulait, à l’origine, que l’art. 16 permette aux enfants de témoigner sans que l’on cherche à savoir s’ils comprennent le devoir de dire la vérité. Au cours de sa déclaration d’ouverture devant le Comité sénatorial

2005, Ms. Kane explained how the initial purpose of s. 16 had been misinterpreted by courts:

Ms. Catherine Kane . . .

The other part concerns the amendments to the Canada Evidence Act with respect to children. Under the current law, the Canada Evidence Act treats children under 14 in the same way as it treats other people whose mental capacity is challenged. There is a current section 16 that requires the judge to conduct a two-part inquiry whether they are dealing with a person who has some mental disabilities or whether they are dealing with a child under 14. The two-part inquiry requires the judge to first determine, in the case of a child, whether the child understands the nature of an oath or the nature of a solemn affirmation and, second, to determine if the child is able to communicate the evidence. These amendments were made in 1988 with the purpose of trying to more readily permit children's evidence to be received. However, as the cases have interpreted this provision, we have not seen that ready acceptance of children's evidence.

If these two criteria are met, the child gives evidence under an oath or an affirmation. However, if the child does not understand the nature of the oath or the affirmation but has the ability to communicate the evidence, the evidence is received on a promise to tell the truth. That is the current law. While it may appear quite sensible on its face, the interpretations and practise of these provisions do not reflect Parliament's intention in amending the [e]vidence in an effort to permit children's evidence to be admitted more readily.

As interpreted by the courts, section 16 requires that before the child is permitted to testify, the child be subjected to an inquiry as to his or her understanding of the obligation to tell the truth, the concept of a promise, and an ability to communicate. [Emphasis added; pp. 105-6.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005)

Appeal allowed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, le 7 juillet 2005, M^{me} Kane a expliqué en quoi l'objet initial visé par l'art. 16 avait été mal interprété par les tribunaux :

Mme Catherine Kane . . .

L'autre partie concerne les modifications à la Loi sur la preuve [au] Canada, relativement aux enfants. En vertu de la loi actuelle, la Loi sur la preuve au Canada traite les enfants de moins de 14 ans de la même manière qu'elle traite d'autres personnes dont la capacité mentale est mise en question. Il y a un article actuellement, l'article 16, qui oblige le juge à mener une enquête en deux parties, qu'il ait affaire à une personne qui a quelque incapacité mentale ou à un enfant de moins de 14 ans. L'enquête en deux parties exige du juge, d'abord, qu'il détermine, dans le cas d'un enfant, si celui-ci saisit la nature d'un serment ou d'une affirmation solennelle, et, deuxièmement, qu'il détermine si l'enfant est capable de communiquer la preuve. Ces modifications ont été apportées en 1988 pour rendre plus facilement acceptables les témoignages des enfants. Cependant, d'après la manière dont cette disposition a été interprétée dans certains procès, nous n'avons pas encore observé d'acceptation sans réserve de témoignages d'enfants.

Si ces deux critères sont respectés, un enfant témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle. Cependant, si l'enfant ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation mais est capable de communiquer la preuve, celle-ci est reçue sur promesse de dire la vérité. C'est la loi actuelle. Bien que cela puisse paraître logique à première vue, les interprétations et applications de ces dispositions ne reflètent pas l'intention du Parlement de modifier la Loi sur la preuve de manière à ce que les témoignages des enfants soient plus facilement acceptés.

Tel qu'il est interprété par les tribunaux, l'article 16 stipule qu'avant qu'un enfant soit autorisé à témoigner, il doit être assujéti à un interrogatoire pour déterminer son degré d'entendement de l'obligation de dire la vérité et du concept d'une promesse, et ses capacités de communiquer. [Je souligne; p. 105-106.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n^o 18, 1^{re} sess., 38^e lég., 7 juillet 2005)

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureur de l'appellante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Di Luca Copeland Davies, Toronto.

Solicitors for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Di Luca Copeland Davies, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

T.L.M. *Respondent***INDEXED AS: R. v. T.L.M.****2012 SCC 6**

File No.: 34288.

2012: February 14.

Present: Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR*Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility of similar fact evidence relating to previous conviction of the accused for sexual assault — Trial judge did not err in admitting similar fact evidence.*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Rowe and Hoegg J.J.A.), 2011 NLCA 24, 307 Nfld. & P.E.I.R. 262, 954 A.P.R. 262, 271 C.C.C. (3d) 148, 85 C.R. (6th) 170, [2011] N.J. No. 118 (QL), 2011 CarswellNfld 115, setting aside convictions entered by Adams J., 2010 NLTD 12, 294 Nfld. & P.E.I.R. 308, 908 A.P.R. 308, [2009] N.J. No. 374 (QL), 2009 CarswellNfld 356. Appeal allowed.

Stephen R. Dawson, for the appellant.*Derek Hogan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] DESCHAMPS J. — We agree with Hoegg J.A., dissenting at the Court of Appeal, that the trial judge committed no reviewable error. Therefore, the appeal is allowed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

T.L.M. *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. T.L.M.****2012 CSC 6**

N° du greffe : 34288.

2012 : 14 février.

Présents : Les juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR*Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité d'éléments de preuve de faits similaires concernant une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée antérieurement contre l'accusé — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant cette preuve de faits similaires.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Rowe et Hoegg), 2011 NLCA 24, 307 Nfld. & P.E.I.R. 262, 954 A.P.R. 262, 271 C.C.C. (3d) 148, 85 C.R. (6th) 170, [2011] N.J. No. 118 (QL), 2011 CarswellNfld 115, qui a annulé des déclarations de culpabilité inscrites par le juge Adams, 2010 NLTD 12, 294 Nfld. & P.E.I.R. 308, 908 A.P.R. 308, [2009] N.J. No. 374 (QL), 2009 CarswellNfld 356. Pourvoi accueilli.

Stephen R. Dawson, pour l'appelante.*Derek Hogan*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Nous partageons l'opinion de la juge Hoegg, dissidente en Cour d'appel, selon laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur susceptible de révision. L'appel est donc accueilli.

[2] Having heard the parties, we also agree with the dissenting judge that count No. 1 should be stayed and that the convictions on the other counts should be restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

[2] Après avoir entendu les parties, nous sommes également d'accord avec la juge dissidente pour prononcer l'arrêt des procédures relativement au chef d'accusation n^o 1 et rétablir les déclarations de culpabilité relativement aux autres chefs.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

S.L. and D.J. *Appellants*

v.

**Commission scolaire des Chênes and
Attorney General of Quebec** *Respondents*

and

**Christian Legal Fellowship, Canadian
Civil Liberties Association, Coalition
pour la liberté en éducation, Evangelical
Fellowship of Canada, Regroupement
Chrétien pour le droit parental en
éducation, Canadian Council of Christian
Charities, Fédération des commissions
scolaires du Québec and Canadian
Catholic School Trustees’
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: S.L. v. COMMISSION SCOLAIRE DES
CHÊNES**

2012 SCC 7

File No.: 33678.

2011: May 18; 2012: February 17.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Burden of proof at stage of demonstrating infringement of right to freedom of religion — Objective proof of interference with practice or belief — Parents sincerely believing in obligation to pass on precepts of Catholic religion to children — Whether ethics and religious culture program objectively interfering with parents’ ability to pass on faith to children — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether refusal of school board to exempt children from

S.L. et D.J. *Appelants*

c.

**Commission scolaire des Chênes et procureur
général du Québec** *Intimés*

et

**Alliance des chrétiens en droit,
Association canadienne des libertés civiles,
Coalition pour la liberté en éducation,
Alliance évangélique du Canada,
Regroupement Chrétien pour le droit
parental en éducation, Conseil canadien des
œuvres de charité chrétiennes, Fédération
des commissions scolaires du Québec et
Association canadienne des commissaires
d’écoles catholiques** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : S.L. c. COMMISSION SCOLAIRE DES
CHÊNES**

2012 CSC 7

N° du greffe : 33678.

2011 : 18 mai; 2012 : 17 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et
Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme d’éthique et de culture religieuse obligatoire — Fardeau à l’étape de la preuve de l’atteinte au droit à la liberté de religion — Démonstration de facteurs objectifs entravant le respect d’une pratique ou d’une croyance — Parents croyant sincèrement en l’obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique — Le programme d’éthique et de culture religieuse constituait-il, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants? — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l’art. 2a) de la

ethics and religious culture course infringed their constitutional right.

Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12.

Administrative law — Judicial review — School authorities — Parents requesting that school board exempt their children from ethics and religious culture course to avoid causing them serious harm — Requests for exemption denied — Whether decision of school board made at dictate of third party — Education Act, R.S.Q., c. I-13.3, s. 222.

In 2008, the Ethics and Religious Culture (“ERC”) Program became mandatory in Quebec schools, replacing Catholic and Protestant programs of religious and moral instruction. L and J requested that the school board exempt their children from the ERC course putting forward the existence of serious harm to the children within the meaning of s. 222 of the *Education Act*. The director of educational resources for young students denied the exemptions. L and J requested that the school board’s council of commissioners reconsider that decision, and the council of commissioners upheld this decision. L and J then turned to the Superior Court seeking both a declaration that the ERC Program infringed their and their children’s right to freedom of conscience and religion, and judicial review of the decisions denying their requests for exemption from the ERC course. They claimed that these decisions had been made at the dictate of the Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport (“Ministère”). The Superior Court dismissed the motion for declaratory judgment and the motion for judicial review. Upon motions being brought by the school board and the Attorney General of Quebec to dismiss the appeal, the Court of Appeal refused to hear L and J’s appeal as of right and also dismissed their motion for leave to appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Although the sincerity of a person’s belief that a religious practice must be observed is relevant to whether the person’s right to freedom of religion is at issue, an infringement of this

Charte canadienne des droits et libertés? — Le refus de la commission scolaire d’exempter leurs enfants du cours d’éthique et de culture religieuse contrevenait-il à leur droit constitutionnel?

Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme d’éthique et de culture religieuse obligatoire — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l’art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Autorités scolaires — Parents demandant à la commission scolaire d’exempter leurs enfants du cours d’éthique et de culture religieuse afin d’éviter à ceux-ci un préjudice grave — Demandes d’exemption refusées — La décision de la commission scolaire a-t-elle été prise sous la dictée d’un tiers? — Loi sur l’instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 222.

En 2008, le programme d’éthique et de culture religieuse (« ÉCR ») devient obligatoire dans les écoles du Québec en remplacement des programmes d’enseignement moral et religieux catholique et protestant. L et J demandent à la commission scolaire d’exempter leurs enfants du cours ÉCR en invoquant l’existence d’un préjudice grave pour ces derniers au sens de l’art. 222 de la *Loi sur l’instruction publique*. La directrice du Service des ressources éducatives aux jeunes refuse les exemptions. L et J demandent la révision de cette décision au conseil des commissaires de la commission scolaire, qui la confirme. L et J s’adressent alors à la Cour supérieure et sollicitent à la fois un jugement déclarant que le programme ÉCR porte atteinte à leur droit à la liberté de conscience et de religion, ainsi qu’à celui de leurs enfants, et la révision judiciaire des décisions refusant leurs demandes d’exemption du cours ÉCR. Ils allèguent qu’elles ont été prises sous la dictée du ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport (« Ministère »). La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire et la demande de révision judiciaire. Saisie de requêtes en rejet d’appel déposées par la commission scolaire et le procureur général du Québec, la Cour d’appel refuse d’entendre l’appel de plein droit de L et J et elle rejette également leur requête pour permission d’appeler.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Si la sincérité de la croyance d’une personne en l’obligation de se conformer à une pratique religieuse est pertinente pour établir que son droit à la liberté de religion

right cannot be established without objective proof of an interference with the observance of that practice. It is not enough for a person to say that his or her rights have been infringed. The person must prove the infringement on a balance of probabilities.

In the present case, L and J sincerely believe that they have an obligation to pass on the precepts of the Catholic religion to their children. The sincerity of their belief in this practice is not challenged. To discharge their burden at the stage of proving an infringement, L and J had to show that, from an objective standpoint, the ERC Program interfered with their ability to pass their faith on to their children. In this regard, they claim that the ERC Program is not in fact neutral and that students following the ERC course would be exposed to a form of relativism which would interfere with their ability to pass their faith on to their children. They also maintain that exposing children to various religious facts is confusing for them. The evidence demonstrates, firstly, that the Ministère's formal purpose does not appear to have been to transmit a philosophy based on relativism or to influence young people's specific beliefs. Exposing children to a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them does not constitute an indoctrination of students that would infringe the freedom of religion of L and J. Furthermore, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education.

L and J have not proven that the ERC Program infringed their freedom of religion, or consequently, that the school board's refusal to exempt their children from the ERC course violated their constitutional right. They have also shown no error that would justify setting aside the trial judge's conclusion that the school board's decision was not made at the dictate of a third party.

Per LeBel and Fish JJ.: The violation claimed by L and J to their right to freedom of religion concerned the obligations of parents relating to the religious upbringing of their children and the passing on of their faith. Following the analytical approach adopted in *Amsalem*, L and J needed first to establish that their religious belief was sincere and, subsequently, that the

est en jeu, la preuve de l'atteinte à ce droit requiert, elle, la démonstration de facteurs objectifs entravant le respect de cette pratique. Il ne suffit pas que la personne déclare que ses droits sont enfreints. Il lui incombe de prouver l'atteinte suivant la prépondérance des probabilités.

En l'espèce, L et J croient sincèrement avoir l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique. La sincérité de leur croyance en cette pratique n'est pas contestée. À l'étape de la preuve de l'atteinte, L et J devaient démontrer que le programme ÉCR constituait, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. À cet égard, ils prétendent que la neutralité du programme ÉCR ne serait pas réelle et que le relativisme auquel seraient exposés les élèves qui suivent le cours ÉCR entraverait leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. Ils objectent aussi que l'exposition des enfants à différents faits religieux crée de la confusion chez ces derniers. Tout d'abord, il ressort de la preuve que le but formel du Ministère ne paraît pas avoir été de transmettre une philosophie fondée sur le relativisme ou d'influencer les croyances particulières des jeunes. Le fait même d'exposer les enfants à une présentation globale de diverses religions sans les obliger à y adhérer ne constitue pas un endoctrinement des élèves qui porterait atteinte à la liberté de religion de L et J. De plus, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique.

L et J n'ont pas fait la preuve que le programme ÉCR portait atteinte à leur liberté de religion ni, par conséquent, que le refus de la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours ÉCR contrevenait à leur droit constitutionnel. Ils n'ont également démontré aucune erreur justifiant d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle la décision de la commission scolaire n'avait pas été prise sous la dictée d'un tiers.

Les juges LeBel et Fish : La violation alléguée par L et J de leur droit à la liberté de religion portait sur les obligations des parents à l'égard de l'éducation religieuse de leurs enfants et de la transmission de leur foi à ces derniers. Suivant la grille d'analyse adoptée dans l'arrêt *Amsalem*, L et J devaient d'abord établir la sincérité de leur croyance religieuse et, par la suite, l'atteinte que

ERC Program infringed that aspect of their freedom of religion. This second part of the analysis must remain objective in nature. It was not enough to express disagreement with the program and its objectives. L and J's evidence concerning the violation of their freedom of religion consisted of a statement of their faith and of their conviction that the ERC Program interfered with their obligation to teach and pass on that faith to their children. In addition, they filed the ERC Program as well as a textbook used to teach the program. In its current form, the program says little about the actual content of the teaching and the approach that teachers will actually take in dealing with their students. It determines neither the content of the textbooks or educational materials to be used, nor their approach to religious facts or to the relationship between religious values and the ethical choices open to students. The program is made up of general statements, diagrams, descriptions of objectives and competencies to be developed as well as various recommendations for the program's implementation. It is not really possible to assess what the program's implementation will actually mean. Despite the filing of a textbook, the evidence concerning the teaching methods and content and the spirit in which the program is taught has remained sketchy. Based on the rules of civil evidence, therefore, the documentary evidence does not make it possible to find a violation of the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. The state of the record, however, does not make it possible to conclude that the ERC Program and its implementation could not, in the future, possibly infringe the rights granted to L and J and persons in the same situation.

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*,

le programme ÉCR apporterait à cet aspect de leur liberté de religion. Cette seconde partie de l'analyse doit conserver un caractère objectif. Le seul fait d'affirmer leur désaccord avec le programme et ses objectifs ne suffisait pas. La preuve présentée par L et J pour établir la violation de leur liberté de religion consistait d'abord à affirmer leur foi et leur conviction que le programme ÉCR portait atteinte à leur obligation d'enseigner et de transmettre cette foi à leurs enfants. En outre, ils ont déposé le programme en question ainsi qu'un manuel scolaire destiné à l'enseignement de ce programme. Dans sa forme actuelle, le programme dit en réalité peu de chose sur le contenu concret de l'enseignement et sur l'approche qui sera effectivement adoptée par les enseignants dans leurs relations avec les élèves. Il ne détermine pas non plus le contenu des manuels ou des autres ressources pédagogiques qui seront utilisés, ni leur approche à l'égard des faits religieux ou des rapports entre les valeurs religieuses et les choix éthiques ouverts aux étudiants. Le programme est composé d'énoncés généraux, de diagrammes, de descriptions d'objectifs et de compétences à développer, ainsi que de recommandations diverses sur son application. Il ne permet guère d'apprécier quel effet entraînera réellement son application. Malgré le dépôt d'un manuel scolaire, la preuve sur les méthodes et le contenu de l'enseignement, comme sur son esprit, est restée schématique. La preuve documentaire ne permet donc pas de conclure, suivant les normes de la preuve civile, à une violation de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*. Par ailleurs, l'état de la preuve ne permet pas non plus de conclure que le programme ÉCR et sa mise en application ne pourront éventuellement porter atteinte aux droits accordés à L et J et à des personnes placées dans la même situation.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives*

[1990] 1 S.C.R. 425; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710.

By LeBel J.

Referred to: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend various legislative provisions of a confessional nature in the education field, S.Q. 2005, c. 20.
Act to amend various legislative provisions respecting education as regards confessional matters, S.Q. 2000, c. 24.
Act to establish the Department of Education and the Superior Council of Education, S.Q. 1963-64, c. 15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 3.
Constitution Act, 1867, s. 93A.
Constitution Amendment, 1997 (Quebec), SI/97-141.
Décret 511-95 concernant la Commission des États généraux sur l'éducation, (1995) 127 G.O. II, 1960.
Education Act, R.S.Q., c. I-13.3, s. 222.

Authors Cited

Grimm, Dieter. "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.
 Moon, Richard. "Government Support for Religious Practice", in Richard Moon, ed., *Law and Religious Pluralism in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2008, 217.
 Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2010.
 Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2^e sess., 35^e lég., 26 mars 1997, p. 5993-5994.
 Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth*. Québec: The Ministère, 2005.

du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3.
Décret 511-95 concernant la Commission des États généraux sur l'éducation, (1995) 127 G.O. II, 1960.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93A.
Loi instituant le ministère de l'éducation et le Conseil supérieur de l'éducation, S.Q. 1963-64, ch. 15.
Loi modifiant diverses dispositions législatives dans le secteur de l'éducation concernant la professionnalité, L.Q. 2000, ch. 24.
Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation, L.Q. 2005, ch. 20.
Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 222.
Modification constitutionnelle de 1997 (Québec), TR/97-141.

Doctrine et autres documents cités

Grimm, Dieter. « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.
 Moon, Richard. « Government Support for Religious Practice », in Richard Moon, ed., *Law and Religious Pluralism in Canada*. Vancouver : UBC Press, 2008, 217.
 Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2010.
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2^e sess., 35^e lég., 26 mars 1997, p. 5993-5994.
 Québec. Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec. *Rapport Parent : Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec*. Québec : La Commission, 1963.

Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Ethics and Religious Culture*. Québec: The Ministère, 2007 (online: <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561560> and <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561568>).

Quebec. Royal Commission of Inquiry on Education in the Province of Quebec. *Parent Report: Report of the Royal Commission of Inquiry on Education in the Province of Québec*. Québec: The Commission, 1963.

Quebec. Task Force on the Place of Religion in Schools in Québec. *Religion in Secular Schools: A New Perspective for Québec* (report). Québec: Ministère de l'Éducation, 1999.

Woehrling, José. "La place de la religion dans les écoles publiques du Québec" (2007), 41 *R.J.T.* 651.

Woehrling, José. "Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec", dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007, 215.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Morissette and Giroux J.J.A.), 2010 QCCA 346 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610874, [2010] J.Q. n° 1357 (QL), 2010 CarswellQue 1362, 2010 QCCA 348 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610876, [2010] J.Q. n° 1355 (QL), and 2010 QCCA 349 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610877, [2010] J.Q. n° 1356 (QL), affirming a decision of Dubois J., 2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398, SOQUIJ AZ-50573325, [2009] J.Q. n° 8619 (QL), 2009 CarswellQue 8647. Appeal dismissed.

Mark Phillips and Guy Pratte, for the appellants.

Bernard Jacob, René Lapointe and Mélanie Charest, for the respondent Commission scolaire des Chênes.

Benoît Boucher, Amélie Pelletier-Desrosiers and Caroline Renaud, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Robert E. Reynolds and Ruth Ross, for the intervenor the Christian Legal Fellowship.

Jean-Philippe Groleau, Guy Du Pont and Léon H. Moubayed, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Jean-Pierre Bélisle, for the intervenor Coalition pour la liberté en éducation.

Québec. Groupe de travail sur la place de la religion à l'école. *Laïcité et religions: Perspective nouvelle pour l'école québécoise* (rapport). Québec: Ministère de l'Éducation, 1999.

Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Éthique et culture religieuse*. Québec: Le Ministère, 2007 (en ligne: <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561560> et <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561572>).

Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse: Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec*. Québec: Le Ministère, 2005.

Woehrling, José. « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec » (2007), 41 *R.J.T.* 651.

Woehrling, José. « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec », dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007, 215.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Morissette et Giroux), 2010 QCCA 346 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610874, [2010] J.Q. n° 1357 (QL), 2010 CarswellQue 1362, 2010 QCCA 348 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610876, [2010] J.Q. n° 1355 (QL), et 2010 QCCA 349 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610877, [2010] J.Q. n° 1356 (QL), qui ont confirmé une décision du juge Dubois, 2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398, SOQUIJ AZ-50573325, [2009] J.Q. n° 8619 (QL), 2009 CarswellQue 8647. Pourvoi rejeté.

Mark Phillips et Guy Pratte, pour les appelants.

Bernard Jacob, René Lapointe et Mélanie Charest, pour l'intimée la Commission scolaire des Chênes.

Benoît Boucher, Amélie Pelletier-Desrosiers et Caroline Renaud, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Robert E. Reynolds et Ruth Ross, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

Jean-Philippe Groleau, Guy Du Pont et Léon H. Moubayed, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Jean-Pierre Bélisle, pour l'intervenante la Coalition pour la liberté en éducation.

Albertos Polizogopoulos, Don Hutchinson and Faye Sonier, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada.

Jean-Yves Côté, for the interveners Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation.

Iain T. Benson, for the interveners the Canadian Council of Christian Charities and the Canadian Catholic School Trustees' Association.

Written submissions only by *Alain Guimont*, for the interveners Fédération des commissions scolaires du Québec.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The societal changes that Canada has undergone since the middle of the last century have brought with them a new social philosophy that favours the recognition of minority rights. The developments in the area of education that have taken place in Quebec and that are at issue in this appeal must be situated within this larger context. Given the religious diversity of present-day Quebec, the state can no longer promote a vision of society in public schools that is based on historically dominant religions.

[2] The appellants, S.L. and D.J., are parents of school-aged children. They submit that the refusal of the respondent Commission scolaire des Chênes (“school board”) to exempt their children from the Ethics and Religious Culture (“ERC”) course infringes their freedom of conscience and religion, which is protected by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the “*Canadian Charter*”) and s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the “*Quebec Charter*”). Their arguments cannot succeed. Although the sincerity of a person’s belief that a religious practice must be observed is relevant to whether the person’s right to freedom of religion is at issue, an infringement of this right

Albertos Polizogopoulos, Don Hutchinson et Faye Sonier, pour l’intervenante l’Alliance évangélique du Canada.

Jean-Yves Côté, pour l’intervenant le Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation.

Iain T. Benson, pour les intervenants le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes et l’Association canadienne des commissaires d’écoles catholiques.

Argumentation écrite seulement par *Alain Guimont*, pour l’intervenante la Fédération des commissions scolaires du Québec.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Les changements sociaux qu’a connus le Canada depuis le milieu du siècle dernier ont apporté avec eux une nouvelle philosophie sociale qui met de l’avant la reconnaissance des droits des minorités. Les développements survenus dans le domaine de l’éducation au Québec et dont il est question dans le présent pourvoi s’insèrent dans ce contexte plus vaste. Compte tenu de la diversité religieuse du Québec contemporain, l’État ne peut plus offrir dans les écoles publiques une vision sociétale fondée sur les religions historiquement dominantes.

[2] Les appelants, S.L. et D.J., sont parents d’enfants d’âge scolaire. Ils soutiennent que le refus de l’intimée, la Commission scolaire des Chênes (« Commission scolaire »), d’exempter leurs enfants du cours d’éthique et de culture religieuse (« ÉCR ») porte atteinte à leur liberté de conscience et de religion, que protègent l’al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* ») et l’art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »). Leurs prétentions ne peuvent être retenues. Si la sincérité de la croyance d’une personne en l’obligation de se conformer à une pratique religieuse est pertinente pour établir que son droit à la liberté de religion est en jeu, la preuve de

cannot be established without objective proof of an interference with the observance of that practice. In this case, given the trial judge's findings of fact and the evidence in the record concerning the neutrality of the ERC Program, I conclude that the appellants have failed to prove such an interference. There is therefore no basis for declaring that the school board erred in refusing to exempt the appellants' children from the ERC course. As a result, I would dismiss the appeal with costs.

I. Facts

[3] On May 12, 2008, the appellants requested that the school board exempt their children from the ERC course, putting forward the existence of serious harm to the children within the meaning of the second paragraph of s. 222 of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3.

[4] On May 20, 2008, the director of educational resources for young students denied the exemptions. On May 26, 2008, the appellants requested that the school board's council of commissioners reconsider that decision. On June 25, 2008, after a hearing at which the appellants presented their position, the council of commissioners upheld the director's decision. The appellants contested the decisions of May 20 and June 25 at the Superior Court, arguing that they had been made at the dictate of a third party, the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport ("Ministère"). They sought both a declaration that the ERC Program infringed their and their children's right to freedom of conscience and religion, and judicial review of the decision of the director and that of the council of commissioners, denying their requests for exemption from the ERC course.

II. Decisions of the Courts Below

[5] Dubois J. of the Superior Court found that the appellants had not proved that the ERC Program infringed their freedom of conscience and religion (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). He concluded that the objective presentation of various religions to children did not put them [TRANSLATION]

l'atteinte à ce droit requiert, elle, la démonstration de facteurs objectifs entravant le respect de cette pratique. En l'espèce, vu les constatations de fait du juge de première instance et la preuve au dossier concernant la neutralité du programme ÉCR, je conclus que les appelants ont échoué dans cette démonstration. Il n'y a donc pas lieu de déclarer que la Commission scolaire a erré en refusant d'exempter leurs enfants du cours ÉCR. Par conséquent, je rejeterais l'appel avec dépens.

I. Faits

[3] Le 12 mai 2008, les appelants demandent à la Commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours ÉCR. Ils invoquent l'existence d'un préjudice grave pour ceux-ci, au sens du deuxième alinéa de l'art. 222 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3.

[4] Le 20 mai 2008, la directrice du Service des ressources éducatives aux jeunes refuse les exemptions. Le 26 mai 2008, les appelants demandent la révision de cette décision au conseil des commissaires de la Commission scolaire. Le 25 juin 2008, après avoir tenu une audience au cours de laquelle les appelants font valoir leur point de vue, le conseil des commissaires confirme la décision de la directrice. Les appelants contestent alors les décisions du 20 mai et du 25 juin devant la Cour supérieure, alléguant qu'elles ont été prises sous la dictée d'un tiers, le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport (« Ministère »). Ils sollicitent à la fois un jugement déclarant que le programme ÉCR porte atteinte à leur droit à la liberté de conscience et de religion ainsi qu'à celui de leurs enfants, et la révision judiciaire de la décision de la directrice et de celle du conseil des commissaires refusant leurs demandes d'exemption du cours ÉCR.

II. Décisions des juridictions inférieures

[5] Le juge Dubois de la Cour supérieure estime que les appelants n'ont pas prouvé que le programme ÉCR porte atteinte à leur liberté de conscience et de religion (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). Il conclut que le fait de présenter objectivement diverses religions à l'enfant ne

“in an obligatory and coercive situation” (paras. 64 and 66). He dismissed the motion for a declaratory judgment. Having found that the ERC Program did not infringe the right to freedom of conscience and religion, he held that the school board’s decision to deny the exemptions was valid (para. 123). In light of the evidence, he also held that the school board’s decision had not been made under the Ministère’s influence (para. 119) and consequently dismissed the motion for judicial review.

[6] The appellants appealed as of right to the Court of Appeal from the dismissal of the motion for a declaratory judgment. They also applied for leave to appeal the decision to dismiss the motion for judicial review. The Attorney General of Quebec and the school board each brought a motion to dismiss the appeal as of right. They also contested the application for leave to appeal. For the reasons it gave in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, the Court of Appeal granted the motions to dismiss, dismissed the appeal as of right, and also dismissed the motion for leave to appeal (2010 QCCA 346 (CanLII); see also 2010 QCCA 348 (CanLII) and 2010 QCCA 349 (CanLII)). It found no error in Dubois J.’s analysis and also concluded that the appeal had become moot, given that the appellants’ two children were no longer obligated to take the ERC course.

[7] The parties have not commented on the analytical approach that should be applied in light of the procedural choices made in this case. In this respect, I will merely note that there is nothing to be gained from a multiplicity of proceedings and that the parties’ choice of style of cause does not affect the applicable analytical approach (*Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326).

III. Issues

[8] To begin, this Court must decide whether the trial judge erred in holding that the school board’s refusal to exempt the appellants’ children from the

place pas celui-ci « devant une situation obligatoire et coercitive » (par. 64 et 66). Il rejette la requête en jugement déclaratoire. Vu sa conclusion suivant laquelle le programme ÉCR ne porte pas atteinte à la liberté de conscience et de religion, le juge Dubois considère que la décision de la Commission scolaire refusant les exemptions est bien fondée (par. 123). Par ailleurs, à la lumière de la preuve, il juge que les décideurs de la Commission scolaire n’ont pas subi d’influence particulière du Ministère (par. 119). Par conséquent, il rejette également la demande de révision judiciaire.

[6] Le rejet de la requête en jugement déclaratoire fait l’objet d’un appel de plein droit devant la Cour d’appel. Les appelants demandent également à celle-ci la permission d’appeler du jugement refusant la requête en révision judiciaire. Le procureur général du Québec et la Commission scolaire présentent chacun une requête demandant le rejet de l’appel de plein droit. Ils contestent aussi la demande de permission d’appel. Pour les motifs qu’elle énonce dans *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, la Cour d’appel accueille les requêtes en rejet d’appel, rejette l’appel de plein droit et rejette également la requête pour permission d’appel (2010 QCCA 346 (CanLII); voir aussi 2010 QCCA 348 (CanLII) et 2010 QCCA 349 (CanLII)). Elle ne voit aucune erreur dans l’analyse du juge Dubois et, au surplus, conclut que l’appel est devenu théorique, étant donné que les deux enfants des appelants ne sont plus assujettis à l’obligation de suivre le cours ÉCR.

[7] Les parties n’ont pas formulé d’observations au sujet de la grille d’analyse qui s’applique compte tenu des choix procéduraux faits en l’espèce. Sur ce point, je me contenterai de signaler qu’il est peu utile de multiplier les procédures et que la façon dont les parties intitulent leurs procédures ne change pas la grille d’analyse applicable (*Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326).

III. Questions en litige

[8] En premier lieu, notre Cour doit décider si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le refus de la Commission scolaire

ERC course did not infringe the appellants' freedom of conscience and religion. This issue turns on whether the trial judge erred in finding that the appellants had not proven that the ERC Program itself infringed their freedom of religion.

[9] Then, the Court must decide whether the trial judge erred in holding that the school board's decision had not been made at the dictate of a third party and whether the Court of Appeal erred in law in holding that the appeal had become moot.

IV. Background

[10] The place of religion in civil society has been a source of public debate since the dawn of civilization. The gradual separation of church and state in Canada has been part of a broad movement to secularize public institutions in the Western World (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (3rd ed. 2010), at pp. 26 and 30; see also *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at paras. 67-68, *per* LeBel J.). Religious neutrality is now seen by many Western states as a legitimate means of creating a free space in which citizens of various beliefs can exercise their individual rights (see J. Woehrling, "La place de la religion dans les écoles publiques du Québec" (2007), 41 *R.J.T.* 651; D. Grimm, "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369).

[11] The religious portrait of our society is a key factor in the adoption of a policy of neutrality, not only in Quebec but also elsewhere in Canada. As a result of globalization of trade and increased individual mobility, the diversity of religious beliefs in Canada has increased sharply over the past decades. The 2001 Census of Canada listed approximately 95 religious groups that were large enough to be considered separate religious institutions for the purposes of statistical records. Furthermore,

d'exempter les enfants des appelants du cours ÉCR ne portait pas atteinte à la liberté de conscience et de religion des appelants. Cette question exige de se demander si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la preuve n'avait pas été faite que le programme ÉCR lui-même portait atteinte à la liberté de religion des appelants.

[9] En second lieu, notre Cour est appelée à décider si le juge de première instance a eu tort de conclure que la décision de la Commission scolaire n'avait pas été prise sous la dictée d'un tiers et si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en jugeant que l'appel était devenu théorique.

IV. Contexte

[10] La place de la religion dans la vie civile est source de débats publics depuis les débuts des civilisations. La dissolution progressive des liens entre l'Église et l'État au Canada s'inscrit dans un large mouvement de laïcisation des institutions publiques dans les pays occidentaux (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (3^e éd. 2010), p. 26 et 30; voir également *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 67-68, le juge LeBel). En effet, la neutralité religieuse est maintenant perçue par de nombreux États occidentaux comme une façon légitime d'aménager un espace de liberté dans lequel les citoyens de diverses croyances peuvent exercer leurs droits individuels (voir J. Woehrling, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec » (2007), 41 *R.J.T.* 651; D. Grimm, « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369).

[11] Le portrait de la situation religieuse dans notre société est un facteur incontournable dans l'adoption d'une politique de neutralité, et ce, non seulement au Québec, mais aussi ailleurs au Canada. En raison du phénomène de la mondialisation des échanges et de l'accroissement de la mobilité individuelle, la diversité des croyances religieuses a considérablement augmenté au Canada au cours des dernières décennies. En effet, le Recensement du Canada de 2001 faisait état

more than 23 percent of Canadians declared that they were members of non-Christian religions or reported no religious identity at all (Ogilvie, at pp. 55-56).

[12] The creation of the Ministère in 1964 meant that the Quebec government took charge of public education, an area which had been dominated by religious communities up to that time. On February 5, 1964, following the *Parent Report* (1963), which had recommended an increase in public investment in education, the Legislative Assembly passed the *Act to establish the Department of Education and the Superior Council of Education*, S.Q. 1963-64, c. 15. During the first 30 years of the new department's existence, the denominational school system remained in place. On April 12, 1995, the Quebec government created the Commission for the Estates General on Education (Order in Council 511-95, (1995) 127 G.O. II, 1960). The Commission's members recommended a far-reaching review of education programs. In 1997, the addition of s. 93A to the *Constitution Act, 1867* made possible the abolishment of denominational school boards in Quebec and the reorganization of Quebec's school boards on the basis of language (*Constitution Amendment, 1997 (Quebec)*, SI/97-141).

[13] In a statement dated March 26, 1997, the Minister of Education explained the approach the Quebec government proposed to adopt to enable public schools to meet the expectations of Quebecers:

[TRANSLATION] First, it is expedient to manage these expectations from the point of view of an open, pluralistic society. The social and religious landscape is shifting in all regions of Quebec. Public schools must respect the free choice or the free refusal of religion. This is a democratic freedom. In other words, all schools must respect each student's freedom of conscience, even if the student stands alone with respect to the majority. All schools must teach students to respect different allegiances. However, our schools must not altogether dismiss religious education. They must

d'environ 95 groupes religieux suffisamment importants pour être considérés comme des institutions religieuses distinctes aux fins de consignation des données. En outre, plus de 23 p. 100 des Canadiens se déclaraient de foi non chrétienne ou ne déclaraient aucune identité religieuse (Ogilvie, p. 55-56).

[12] La création du Ministère en 1964 a marqué la prise en charge par l'État québécois de l'instruction publique, domaine qui était jusque-là dominé par les communautés religieuses. Le 5 février 1964, dans la foulée du *Rapport Parent* (1963) qui recommandait d'augmenter les investissements publics en éducation, l'Assemblée législative adopte la *Loi instituant le ministère de l'éducation et le Conseil supérieur de l'éducation*, S.Q. 1963-64, ch. 15. Pendant les 30 premières années d'existence de ce ministère, le régime des écoles confessionnelles continue de prévaloir. Le 12 avril 1995, le gouvernement du Québec crée la Commission des États généraux sur l'éducation (Décret 511-95, (1995) 127 G.O. II, 1960). Les membres de cette commission recommandent une vaste révision des programmes d'enseignement. En 1997, l'ajout de l'art. 93A à la *Loi constitutionnelle de 1867* rend possible l'abolition au Québec des commissions scolaires confessionnelles et la réorganisation, sur une base linguistique, du réseau québécois des commissions scolaires (*Modification constitutionnelle de 1997 (Quebec)*, TR/97-141).

[13] Dans une déclaration ministérielle datée du 26 mars 1997, la ministre de l'Éducation explique l'approche que le gouvernement du Québec propose d'adopter pour permettre à l'école publique de répondre aux attentes des Québécois :

Il convient, premièrement, de gérer ces demandes dans la perspective d'une société pluraliste ouverte. La diversité du paysage socioreligieux éclate partout au Québec. L'école publique se doit donc de respecter le libre choix ou le libre refus de la religion, cela fait partie des libertés démocratiques. C'est dire que toute école doit assurer la liberté de conscience de chaque individu, fût-il seul devant la majorité, et apprendre aux jeunes à vivre dans le respect des allégeances diverses. Pour autant, l'école n'a pas à devenir réfractaire à tout propos sur la religion. Elle doit se montrer ouverte, capable

show that they are open and able to recognize, regardless of specific convictions and from a critical point of view, the contribution made by the different religions in terms of culture, values and humanism.

(National Assembly, *Journal des débats*, 2nd Sess., 35th Leg., March 26, 1997, at p. 5993)

[14] The Minister spoke of the need to consider more fully the adjustments necessary to ensure that religious diversity was taken into account in courses taught in schools:

[TRANSLATION] Finally, in the context of a pluralistic society, is it not desirable that all students receive some instruction concerning the phenomenon of religion, courses on religious culture which cover the various great traditions, and courses on the history of religion? I intend to submit this question to a Task Force whose conclusions will be referred to the National Assembly's Standing Committee on Education, which may then hear any groups interested in this issue.

(*Ibid.*, at p. 5994)

[15] In 1999, the Task Force on the Place of Religion in Schools in Quebec submitted its report (*Religion in Secular Schools: A New Perspective for Québec*). In addition to moral education, the Task Force recommended, *inter alia*, that religions be studied in schools from a cultural perspective. In 2000, the Minister of Education announced that adjustment would be made to respond to the diversity of the moral and religious expectations of the population. That same year, a first legislative amendment was passed, marking the start of the secularization process (*An Act to amend various legislative provisions respecting education as regards confessional matters*, S.Q. 2000, c. 24).

[16] In 2005, the Minister of Education published a policy paper setting out the principles on which the proposed ERC Program was to be based (*Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth*). On June 15, 2005, the *Act to amend various legislative provisions of a confessional nature in the education field*, S.Q. 2005, c. 20, was passed. Among other things, the Act authorized schools to

d'accueillir, par delà les convictions particulières et dans un esprit critique, ce que les religions peuvent apporter en fait de culture, de morale et d'humanisme.

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, 2^e sess., 35^e lég., 26 mars 1997, p. 5993)

[14] La ministre fait état du besoin de mener une réflexion plus poussée sur les aménagements nécessaires pour que les cours offerts aux élèves tiennent compte de la diversité religieuse :

Enfin, dans le contexte d'une société pluraliste, serait-il souhaitable que tous les élèves reçoivent une certaine formation au sujet du phénomène religieux, des cours de culture religieuse intégrant les diverses grandes traditions, des cours d'histoire des religions? J'entends soumettre ces questions à un groupe de travail dont l'avis serait référé à la commission de l'éducation de l'Assemblée nationale, qui pourrait alors entendre l'ensemble des groupes qu'intéresse cette question.

(*Ibid.*, p. 5994)

[15] En 1999, le Groupe de travail sur la place de la religion à l'école dépose son rapport (*Laïcité et religions : Perspective nouvelle pour l'école québécoise*). Le groupe recommande notamment que soient donnés, dans les écoles, un enseignement culturel des religions en sus d'un enseignement moral. En 2000, le ministre de l'Éducation annonce la mise en place des aménagements requis pour répondre à la diversité des attentes morales et religieuses de la population. La même année, une première modification législative marquant le début du processus de déconfessionnalisation est adoptée (*Loi modifiant diverses dispositions législatives dans le secteur de l'éducation concernant la confessionnalité*, L.Q. 2000, ch. 24).

[16] En 2005, le ministre de l'Éducation publie un document d'orientation qui précise les principes sur lesquels devra être établi le programme ÉCR (*La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec*). Le 15 juin 2005, la *Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation*, L.Q. 2005, ch. 20, est adoptée. Cette

replace Catholic and Protestant programs of religious and moral instruction subject to certain conditions. Thus, the ERC Program was implemented gradually before becoming mandatory at the start of the 2008-9 school year. In May 2008, the appellants made their requests for exemption.

V. Applicable Principles

[17] The historical, political and social context of the late 20th century, the enactment of the *Quebec and Canadian Charters*, and the interpretation of freedom of religion by Canadian courts have played an important role in the Quebec government's decision to remain neutral in religious matters. While it is true that the *Canadian Charter*, unlike the U.S. Constitution, does not explicitly limit the support the state can give to a religion, Canadian courts have held that state sponsorship of one religious tradition amounts to discrimination against others.

[18] In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court held that the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, whose acknowledged purpose was the compulsion of religious observance on Sunday, infringed the freedom of religion of non-Christians. Dickson J. (as he then was) concluded that "[t]he protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious freedom of the collectivity" (p. 337). The issue of state neutrality came before the Court again a short time later in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. The majority held that, although the selection of Sunday as a pause day significantly infringed on the freedom of religion of those who observed a day of rest on Saturday for religious reasons, the legislation was justifiable as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter*. A majority of the Court's judges found that the purpose of the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, was valid because of its secular aspect: "The title and text of the Act, the legislative debates and the Ontario Law Reform Commission's *Report on*

loi permettait notamment aux écoles de remplacer, à certaines conditions, les programmes d'enseignement moral et religieux catholique et protestant. Ainsi, le programme ÉCR a été mis en place de façon graduelle pour devenir obligatoire à compter de la rentrée scolaire 2008. En mai 2008, les appelants ont déposé leurs demandes d'exemption.

V. Principes applicables

[17] Le contexte historique, politique et social de la fin du XX^e siècle, l'adoption des *Chartes québécoise et canadienne* et l'interprétation de la liberté de religion par les tribunaux canadiens ont joué un rôle important dans la décision de l'État québécois de demeurer neutre en matière religieuse. S'il est vrai que, à la différence de la Constitution américaine, la *Charte canadienne* ne limite pas explicitement l'appui que l'État peut apporter à une religion, les cours canadiennes ont néanmoins jugé que le parrainage par l'État d'une tradition religieuse est discriminatoire à l'égard des autres.

[18] Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, notre Cour a déclaré que la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, qui avait pour objet reconnu de rendre obligatoire l'observance religieuse le dimanche, portait atteinte à la liberté de religion des non-chrétiens. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que « protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société » (p. 337). Peu après, la Cour a de nouveau été saisie de la question de la neutralité de l'État dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Si, de l'avis de la majorité, le choix du dimanche comme jour de repos empiétait sensiblement sur la liberté de religion de ceux qui observent un jour de repos le samedi pour des motifs religieux, la loi était cependant justifiable en ce qu'elle constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. Une majorité des juges de la Cour estimait que l'objet de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, était valide en raison

Sunday Observance Legislation (1970), all point to the secular purposes underlying the Act” (p. 744).

[19] In two important decisions in the years that followed, the Ontario Court of Appeal also stressed how important it was for the state to remain neutral in matters of religion. In *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, a majority of the court struck down a regulation under the *Education Act*, R.S.O. 1980, c. 129, which made the recitation of Christian prayers compulsory in public schools unless an exemption was granted (p. 654):

On its face, [the regulation] infringes the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(a) of the Charter. . . . The recitation of the Lord’s Prayer, which is a Christian prayer, and the reading of Scriptures from the Christian Bible impose Christian observances upon non-Christian pupils and religious observances on non-believers.

[20] In *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341, the Ontario Court of Appeal considered a regulation that made periods of religious education a compulsory part of the public school curriculum. The court held unanimously that the purpose and effect of the regulation were to provide for religious indoctrination, which the *Canadian Charter* does not authorize. Such indoctrination was not rationally connected to the educational objective of inculcating proper moral standards in elementary school students. The Court of Appeal noted that a program that taught about religion and moral values without indoctrination in a particular faith would not breach the *Canadian Charter* (p. 344).

[21] The concept of state religious neutrality in Canadian case law has developed alongside a growing sensitivity to the multicultural makeup of Canada and the protection of minorities. Already

de sa dimension laïque : « Le titre et le texte de la Loi, les débats de l’Assemblée législative et le *Report on Sunday Observance Legislation* (1970), de la Commission de réforme du droit de l’Ontario, font tous ressortir les objets d’ordre laïque qui sous-tendent la Loi » (p. 744).

[19] Dans deux arrêts importants rendus dans les années qui ont suivi, la Cour d’appel de l’Ontario insiste également sur l’importance pour l’État de demeurer neutre en matière religieuse. Dans *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, elle a annulé à la majorité un règlement pris en vertu de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1980, ch. 129, qui rendait obligatoire, sous réserve d’exemptions, la récitation de prières chrétiennes dans les écoles publiques (p. 654) :

[TRADUCTION] À première vue, [le règlement] contrevient à la liberté de conscience et de religion garantie par l’al. 2a) de la Charte. [. . .] La récitation du Notre Père, prière chrétienne, et la lecture des Saintes Écritures dans la bible chrétienne imposent des pratiques chrétiennes aux élèves non chrétiens ainsi que des rites religieux à des non-croyants.

[20] Dans *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341, un règlement prescrivant l’inclusion de périodes d’enseignement religieux dans le programme d’études des écoles publiques a été examiné par la Cour d’appel de l’Ontario. À l’unanimité, celle-ci a jugé que ce règlement avait pour objet et pour effet de permettre l’endoctrinement religieux, ce que la *Charte canadienne* n’autorise pas. Un tel endoctrinement n’a pas de lien rationnel avec l’objectif éducatif consistant à inculquer des normes morales appropriées aux élèves d’une école primaire. La Cour d’appel a fait remarquer qu’un programme qui prodiguerait un enseignement religieux et moral sans toutefois tendre à endoctriner dans une foi particulière n’enfreindrait pas la *Charte canadienne* (p. 344).

[21] Le développement du concept de neutralité religieuse de l’État dans la jurisprudence canadienne va de pair avec une sensibilité croissante à la composition multiculturelle du Canada et avec la

in *Big M Drug Mart*, Dickson J. had stated that “the diversity of belief and non-belief, the diverse socio-cultural backgrounds of Canadians make it constitutionally incompetent for the federal Parliament to provide legislative preference for any one religion at the expense of those of another religious persuasion” (p. 351). In the same way, the Ontario Court of Appeal held in *Canadian Civil Liberties Assn.* that imposing a religious practice of the majority had the effect of infringing the freedom of religion of the minority and was incompatible with the multicultural reality of Canadian society (p. 363).

[22] That being said, it was in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, that the elements of a definition of freedom of religion were outlined. In that case, Iacobucci J. explained that a person does not have to show that the practice the person sincerely believes he or she must observe or the belief the person endorses corresponds to a religious precept recognized by other followers. If the person believes that he or she has an obligation to act in accordance with a practice or endorses a belief “having a nexus with religion”, the court is limited to assessing the sincerity of the person’s belief (paras. 39, 43, 46 and 54).

[23] At the stage of establishing an infringement, however, it is not enough for a person to say that his or her rights have been infringed. The person must prove the infringement on a balance of probabilities. This may of course involve any legal form of proof, but it must nonetheless be based on facts that can be established objectively. For example, in *Edwards Books*, the legislation required retailers who were Saturday observers to close a day more than Sunday observers. In *Amselem*, the infringement resulted from a prohibition against erecting any structure on the balconies of a building held in co-ownership, while the appellants believed that their religion required them to dwell in their own succahs.

[24] It follows that when considering an infringement of freedom of religion, the question is not whether the person sincerely believes that a

protection des minorités. Déjà, dans *Big M Drug Mart*, le juge Dickson avait déclaré ceci : « . . . étant donné la diversité des formes que prennent la croyance et l’incroyance ainsi que les différences socio-culturelles des Canadiens, le Parlement fédéral n’a pas compétence en vertu de la Constitution pour adopter une loi privilégiant une religion au détriment d’une autre » (p. 351). De même, dans *Canadian Civil Liberties Assn.*, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que le fait d’imposer une pratique religieuse de la majorité avait pour effet d’enfreindre la liberté de religion de la minorité et était incompatible avec la réalité multiculturelle de la société canadienne (p. 363).

[22] Cela dit, c’est dans l’arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, qu’ont été posés les jalons de la définition de la liberté de religion. Le juge Iacobucci y explique qu’une personne n’a pas à démontrer que la pratique qu’elle se croit sincèrement obligée de suivre ou la croyance qu’elle fait valoir correspond à un précepte religieux reconnu par les autres adeptes. Si cette personne croit être tenue de se conformer à une pratique ou si elle fait valoir une croyance « ayant un lien avec une religion », le tribunal doit se limiter à évaluer la sincérité de cette croyance (par. 39, 43, 46 et 54).

[23] À l’étape de la preuve de l’atteinte, cependant, il ne suffit pas que la personne déclare que ses droits sont enfreints. Il lui incombe de prouver l’atteinte suivant la prépondérance des probabilités. Cette preuve peut certes prendre toutes les formes reconnues par la loi, mais elle doit néanmoins reposer sur des faits objectivement démontrables. Par exemple, dans *Edwards Books*, la loi obligeait les détaillants qui observaient le samedi à fermer un jour de plus que ceux qui observaient le dimanche. Dans *Amselem*, l’atteinte résultait d’une interdiction d’ériger toute construction sur les balcons d’un immeuble détenu en copropriété alors que les appelants croyaient que leur religion les obligeait à habiter leur propre succah.

[24] Il s’ensuit que, dans l’examen d’une atteinte à la liberté de religion, la question n’est pas de savoir si la personne croit sincèrement qu’il y a une

religious practice or belief has been infringed, but whether a religious practice or belief exists that has been infringed. The subjective part of the analysis is limited to establishing that there is a sincere belief that has a nexus with religion, including the belief in an obligation to conform to a religious practice. As with any other right or freedom protected by the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter*, proving the infringement requires an objective analysis of the rules, events or acts that interfere with the exercise of the freedom. To decide otherwise would allow persons to conclude themselves that their rights had been infringed and thus to supplant the courts in this role.

[25] Furthermore, the following comment of Wilson J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 313-14, which Iacobucci J. quoted in *Amsellem*, para. 58, bears repeating: s. 2(a) of the *Canadian Charter* “does not require the legislature to refrain from imposing any burdens on the practice of religion” (emphasis omitted; see also *Edwards Books*). “The ultimate protection of any particular *Charter* right must be measured in relation to other rights and with a view to the underlying context in which the apparent conflict arises” (*Amsellem*, at para. 62). No right is absolute.

VI. Application

[26] The appellants sincerely believe that they have an obligation to pass on the precepts of the Catholic religion to their children (A.F., at para. 66). The sincerity of their belief in this practice is not challenged by the respondents in this case. The only question at issue is whether the appellants’ ability to observe the practice has been interfered with.

[27] To discharge their burden at the stage of proving an infringement, the appellants had to show that, from an objective standpoint, the ERC Program interfered with their ability to pass their faith on to their children. This is not the approach they took. Instead, they argued that it was enough for them to say that the program infringed their right (A.F., at para. 126). As I have already

atteinte à sa pratique ou croyance religieuse, mais celle de savoir s’il existe une pratique ou croyance religieuse à laquelle il est porté atteinte. La partie subjective de l’analyse concerne uniquement l’établissement d’une croyance sincère ayant un lien avec la religion, incluant la croyance en une obligation de se conformer à une pratique religieuse. Comme pour tous les autres droits et libertés protégés par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*, la preuve de l’atteinte requiert une analyse objective des règles, faits ou actes qui en entravent l’exercice. Décider autrement aurait pour effet de permettre à la personne de conclure elle-même à l’existence d’une atteinte à ses droits et de se substituer ainsi au tribunal dans ce rôle.

[25] Il convient de rappeler de plus les propos de la juge Wilson dans l’arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 314, repris par le juge Iacobucci dans *Amsellem*, par. 58 : l’al. 2a) de la *Charte canadienne* « n’oblige pas le législateur à n’entraver d’aucune manière la pratique religieuse » (soulignement omis; voir aussi *Edwards Books*). « La protection ultime accordée par un droit garanti par la *Charte* doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s’inscrit le conflit apparent » (*Amsellem*, par. 62). Aucun droit n’est absolu.

VI. Application

[26] Les appelants croient sincèrement avoir l’obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique (m.a., par. 66). La sincérité de la croyance des appelants en cette pratique n’est, en l’espèce, pas contestée par les intimés. La seule question en litige consiste donc à se demander s’il y a eu ou non atteinte à la capacité des appelants de se conformer à cette pratique.

[27] Pour s’acquitter de leur fardeau à l’étape de la preuve de l’atteinte, les appelants devaient démontrer que le programme ÉCR constituait, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. Ce n’est pas l’approche qu’ils ont adoptée. Ils ont plutôt prétendu qu’il leur suffisait d’affirmer que le programme portait atteinte à leur droit (m.a., par. 126). Comme je l’ai

explained, it is not enough for the appellants to say that they had religious reasons for objecting to their children's participation in the ERC course. Dubois J. of the Superior Court was therefore correct in rejecting that interpretation. He stated the following: [TRANSLATION] "To claim that the general presentation of various religions may have an adverse effect on the religion one practises, it is not enough to state with sincerity that one is a practising Catholic" (para. 51).

[28] In their requests for exemption made to the school board on May 12, 2008, the appellants had alleged that the ERC course was liable to cause the following harm:

[TRANSLATION]

1. Losing the right to choose an education consistent with one's own moral and religious principles; interfering with the fundamental freedom of religion, conscience, opinion and expression of children and their parents by forcing children to take a course that does not reflect the religious and philosophical beliefs with which their parents have the right and duty to bring them up.
2. Being put in the situation of learning from a teacher who is not adequately trained in the subject matter and who has been deprived of freedom of conscience by being forced to perform this task.
3. Upsetting children by exposing them at too young an age to convictions and beliefs that differ from the ones favoured by their parents.
4. Dealing with the phenomenon of religion in a course that claims to be "neutral".
5. Being exposed, through this mandatory course, to the philosophical trend advocated by the state, namely relativism.
6. Interfering with children's faith. [A.R., vol. III, at pp. 499-500]

[29] The principal argument that emerges from the reasons given by the appellants in their requests for an exemption is that the obligation they believe they have, namely to pass on their faith to their children, has been interfered with. In this regard, the freedom of religion asserted by the appellants is their own freedom, not that of the children. The common theme that runs through the

expliqué ci-dessus, l'affirmation des appelants que des motifs religieux sont à l'origine de leur objection à la participation de leurs enfants au cours ÉCR ne suffit pas. C'est donc à bon droit que le juge Dubois de la Cour supérieure a rejeté cette interprétation. Il s'est exprimé ainsi : « Il n'est pas tout de dire avec sincérité qu'on est catholique pratiquant pour prétendre qu'une présentation globale de différentes religions puisse nuire à celle que l'on pratique » (par. 51).

[28] Dans leurs demandes d'exemption soumises le 12 mai 2008 à la Commission scolaire, les appelants avaient allégué que les préjudices suivants étaient susceptibles d'être causés par le cours ÉCR :

1. Perte du droit de choisir une éducation conforme à ses propres principes moraux et religieux; brimer les libertés fondamentales de religion, de conscience, d'opinion et d'expression de l'enfant et de ses parents en forçant l'enfant à suivre un cours qui ne correspond pas aux convictions religieuses et philosophiques dans lesquelles ses parents ont le droit et le devoir de l'éduquer.
2. Être mis en situation d'apprentissage par un enseignant non adéquatement formé en cette matière et qui a été dépouillé de sa liberté de conscience, parce qu'on l'oblige à effectuer cette tâche.
3. Perturber l'enfant en l'exposant trop jeune à des convictions et croyances différentes de celles privilégiées par ses parents.
4. Aborder le phénomène religieux dans le cadre d'un cours qui prétend à la « neutralité ».
5. Être exposé, dans le cadre de ce cours obligatoire, au courant philosophique mis de l'avant par l'État : le relativisme.
6. Porter atteinte à la foi de l'enfant. [d.a., vol. III, p. 499-500]

[29] L'argument principal qui ressort des motifs invoqués par les appelants dans leurs demandes d'exemption est l'existence d'une entrave au respect de l'obligation qu'ils estiment avoir, soit celle de transmettre leur foi à leurs enfants. À cet égard, la liberté de religion que les appelants font valoir est la leur, non celle des enfants. Les objections des appelants reposent sur un thème commun, à savoir

appellants' objections is that the ERC Program is not in fact neutral. According to the appellants, students following the ERC course would be exposed to a form of relativism, which would interfere with the appellants' ability to pass their faith on to their children. Insofar as certain of the appellants' complaints focus on the children's freedom of religion by referring to the "disruption" that would result from exposing them to different religious facts, I will discuss this in my analysis of the alleged infringement of the appellants' freedom of religion.

[30] We must recognize that trying to achieve religious neutrality in the public sphere is a major challenge for the state. The author R. Moon has clearly described the difficulty of implementing a legislative policy that will be seen by everyone as neutral and respectful of their freedom of religion:

If secularism or agnosticism constitutes a position, worldview, or cultural identity equivalent to religious adherence, then its proponents may feel excluded or marginalized when the state supports even the most ecumenical religious practices. But by the same token, the complete removal of religion from the public sphere may be experienced by religious adherents as the exclusion of their worldview and the affirmation of a non-religious or secular perspective . . .

. . . Ironically, then, as the exclusion of religion from public life, in the name of religious freedom and equality, has become more complete, the secular has begun to appear less neutral and more partisan. With the growth of agnosticism and atheism, religious neutrality in the public sphere may have become impossible. What for some is the neutral ground on which freedom of religion and conscience depends is for others a partisan anti-spiritual perspective.

(“Government Support for Religious Practice”, in *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, at p. 231)

[31] We must also accept that, from a philosophical standpoint, absolute neutrality does not exist. Be that as it may, absolutes hardly have any place in the law. In administrative law, for example, the concept of impartiality calls for an assessment

que la neutralité du programme ÉCR ne serait pas réelle. Selon les appelants, le relativisme auquel seraient exposés les élèves qui suivent le cours ÉCR entraverait leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. Dans la mesure où certains des griefs des appelants mettent de l'avant la liberté de religion des enfants, en évoquant la « perturbation » résultant de l'exposition à différents faits religieux, j'en traiterai au sein de mon analyse de l'atteinte alléguée à la liberté de religion des appelants.

[30] Il faut reconnaître que la recherche de la neutralité religieuse dans la sphère publique constitue un défi important pour l'État. L'auteur R. Moon a bien exprimé la difficulté que pose la mise en œuvre d'une politique législative qui serait considérée par tous comme étant neutre et respectueuse de leur liberté de religion :

[TRADUCTION] Si la laïcisation ou l'agnosticisme constitue une position, une vision du monde ou une identité culturelle équivalente à une appartenance religieuse, ses adeptes pourraient se sentir exclus ou marginalisés au sein d'un État qui appuie les pratiques religieuses, même les moins confessionnelles. Par ailleurs, il est possible que les croyants interprètent le retrait intégral de toute religion de la sphère publique comme le rejet de leur vision du monde et l'affirmation d'une perspective laïque . . .

. . . Ainsi, de manière ironique, alors que la religion se retire de plus en plus de la place publique au nom de la liberté et de l'égalité religieuses, la laïcité paraît moins neutre et plus partisane. Compte tenu de la croissance de l'agnosticisme et de l'athéisme, la neutralité religieuse dans la sphère publique est peut-être devenue impossible. Ce que certains considèrent comme le terrain neutre essentiel à la liberté de religion et de conscience constitue pour d'autres une perspective antispiritualiste partisane.

(« Government Support for Religious Practice », dans *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, p. 231)

[31] Il faut aussi accepter que, d'un point de vue philosophique, la neutralité absolue n'existe pas. Quoi qu'il en soit, l'absolu est une notion dont s'accommode difficilement le droit. En droit administratif, par exemple, la notion d'impartialité fait

that takes account of the context and the intervention of human actors (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 47). Moreover, in analysing infringements of rights protected by the Charters, this Court has often repeated that no right is absolute (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 596). “This is so because we live in a society of individuals in which we must always take the rights of others into account” (*Amselem*, at para. 61).

[32] Therefore, following a realistic and non-absolutist approach, state neutrality is assured when the state neither favours nor hinders any particular religious belief, that is, when it shows respect for all postures towards religion, including that of having no religious beliefs whatsoever, while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected.

[33] It should be noted that the appellants’ criticisms cannot address the way the course was taught to their children, since their children have never followed the course. The trial judge only examined the program.

[34] The ERC Program has two components: instruction in ethics and instruction in religious culture. Its purpose is set out in the preamble found in each of the documents entitled “Ethics and Religious Culture” prepared by the Ministère (online), one for the elementary level and the other for the secondary level:

For the purposes of this program, instruction in ethics is aimed at developing an understanding of ethical questions that allows students to make judicious choices based on knowledge of the values and references present in society. The objective is not to propose or impose moral rules, nor to study philosophical doctrines and systems in an exhaustive manner.

Instruction in religious culture, for its part, is aimed at fostering an understanding of several religious traditions whose influence has been felt and is still felt in our society today. In this regard, emphasis will be placed on

appel à une évaluation qui tient compte du contexte et de l’intervention d’acteurs humains (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 47). Par ailleurs, dans l’analyse des atteintes aux droits protégés par les chartes, notre Cour a maintes fois répété qu’aucun droit n’est absolu (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 596). « Il en est ainsi parce que nous vivons dans une société où chacun doit toujours tenir compte des droits d’autrui » (*Amselem*, par. 61).

[32] Par conséquent, suivant une approche réaliste et non absolutiste, la neutralité de l’État est assurée lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse; en d’autres termes, lorsqu’il respecte toutes les positions à l’égard de la religion, y compris celle de n’en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées.

[33] Il convient de rappeler que les critiques formulées par les appelants ne peuvent concerner la façon dont le cours a été donné à leurs enfants, puisque ces derniers ne l’ont jamais suivi. Le juge de première instance s’est limité à l’examen du programme.

[34] Le programme ÉCR comprend deux volets : une formation sur l’éthique et une formation sur la culture religieuse. Le but du programme est présenté dans le préambule commun des documents intitulés « Éthique et culture religieuse », préparés par le Ministère pour le primaire et le secondaire (en ligne) :

Dans ce programme, la formation en éthique vise l’approfondissement de questions éthiques permettant à l’élève de faire des choix judicieux basés sur la connaissance des valeurs et des repères présents dans la société. Elle n’a pas pour objectif de proposer ou d’imposer des règles morales, ni d’étudier de manière encyclopédique des doctrines et des systèmes philosophiques.

Pour ce qui est de la formation en culture religieuse, elle vise la compréhension de plusieurs traditions religieuses dont l’influence s’est exercée et s’exerce toujours dans notre société. Sur ce chapitre, un regard

Québec's religious heritage. The historical and cultural importance of Catholicism and Protestantism will be given particular prominence. The goal is neither to accompany students in a spiritual quest, nor to present the history of doctrines and religions, nor to promote some new common religious doctrine aimed at replacing specific beliefs.

[35] The Ministère's formal purpose thus does not appear to have been to transmit a philosophy based on relativism or to influence young people's specific beliefs.

[36] Regarding the program itself, Dubois J. reviewed the documentary evidence, heard the witnesses and drew the following conclusions (paras. 68-69):

[TRANSLATION] Under the new program, the school will present the range of different religions and get children to talk about self-recognition and the common good. Subsequently, therefore, the additional work that must be done for religious practice is up to the parents and the pastors of the Church to which the parents and children belong.

In light of all the evidence adduced, the Court does not see how the ERC course interferes with the applicants' freedom of conscience and religion for their children when what is done is to make a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them.

[37] After reviewing the record, I see no error in the trial judge's assessment. Having adopted a policy of neutrality, the Quebec government cannot set up an education system that favours or hinders any one religion or a particular vision of religion. Nevertheless, it is up to the government to choose educational programs within its constitutional framework. In light of this context, I cannot conclude that exposing children to "a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them" constitutes in itself an indoctrination of students that would infringe the appellants' freedom of religion.

[38] The appellants also maintain that exposing children to various religious facts is confusing for them. The confusion or "vacuum" allegedly results

priviliégé est porté sur le patrimoine religieux du Québec. L'importance historique et culturelle du catholicisme et du protestantisme y est particulièrement soulignée. Il ne s'agit ni d'accompagner la quête spirituelle des élèves, ni de présenter l'histoire des doctrines et des religions, ni de promouvoir quelque nouvelle doctrine religieuse commune destinée à remplacer les croyances particulières.

[35] Le but formel du Ministère ne paraît donc pas avoir été de transmettre une philosophie fondée sur le relativisme ou d'influencer les croyances particulières des jeunes.

[36] Sur le programme lui-même, le juge Dubois a revu la preuve documentaire, entendu les témoins et tiré les conclusions suivantes (par. 68-69) :

En regard du nouveau programme, l'école va présenter l'éventail des diverses religions et va amener les enfants à dialoguer sur la reconnaissance de soi et le bien commun. Par la suite, le travail additionnel pour la pratique religieuse revient donc aux parents et aux pasteurs de l'Église à laquelle ont adhéré les parents et les enfants.

À la lumière de toute la preuve présentée, le tribunal ne voit pas comment le cours ECR brime la liberté de conscience et de religion des demandeurs pour les enfants, alors que l'on fait une présentation globale de diverses religions sans obliger les enfants à y adhérer.

[37] Mon examen du dossier n'a révélé aucune erreur dans cette évaluation du juge de première instance. À la suite de l'adoption de sa politique de neutralité, l'État québécois ne peut établir un système d'éducation qui favoriserait ou défavoriserait une religion donnée ou une vision particulière de la religion. C'est cependant à lui qu'il appartient de choisir, à l'intérieur de son cadre constitutionnel, les programmes d'éducation. En tenant compte de ce contexte, je ne peux conclure que le fait même d'exposer les enfants à « une présentation globale de diverses religions sans [les] obliger [. . .] à y adhérer » constitue un endoctrinement des élèves qui porterait atteinte à la liberté de religion des appelants.

[38] Les appelants objectent aussi que l'exposition des enfants à différents faits religieux crée de la confusion chez ces derniers. La confusion ou le

from the fact that different beliefs are presented on an equal footing.

[39] In *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, the Court had an opportunity to consider the cognitive dissonance that may be encountered by children growing up in a diverse society. The Chief Justice made the following comments (paras. 65-66):

Children encounter [some cognitive dissonance] every day in the public school system as members of a diverse student body. They see their classmates, and perhaps also their teachers, eating foods at lunch that they themselves are not permitted to eat, whether because of their parents' religious strictures or because of other moral beliefs. They see their classmates wearing clothing with features or brand labels which their parents have forbidden them to wear. And they see their classmates engaging in behaviour on the playground that their parents have told them not to engage in. The cognitive dissonance that results from such encounters is simply a part of living in a diverse society. It is also a part of growing up. Through such experiences, children come to realize that not all of their values are shared by others.

Exposure to some cognitive dissonance is arguably necessary if children are to be taught what tolerance itself involves.

[40] Parents are free to pass their personal beliefs on to their children if they so wish. However, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education. Although such exposure can be a source of friction, it does not in itself constitute an infringement of s. 2(a) of the *Canadian Charter* and of s. 3 of the *Quebec Charter*.

[41] The appellants have not proven that the ERC Program infringed their freedom of religion.

« vide » résulterait de la présentation, sur un pied d'égalité, de croyances différentes.

[39] Dans l'arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les dissonances cognitives que peuvent vivre les enfants qui grandissent dans une société diversifiée. La Juge en chef y a fait les commentaires suivants (par. 65-66) :

En tant que membres d'un corps scolaire hétérogène, les enfants y sont exposés tous les jours [à certaines dissonances cognitives] dans le système d'enseignement public. À l'heure des repas, ils voient leurs camarades de classe, et peut-être aussi leurs professeurs, manger des aliments qui leur sont interdits, que ce soit en raison des restrictions religieuses de leurs parents ou d'autres croyances morales. Ils voient leurs camarades porter des vêtements dont leurs parents désapprouvent les caractéristiques ou les marques. Et ils sont également témoins, dans la cour d'école, de comportements que leurs parents désapprouvent. La dissonance cognitive qui en résulte fait simplement partie de la vie dans une société diversifiée. Elle est également inhérente au processus de croissance. C'est à la faveur de telles expériences que les enfants se rendent compte que tous ne partagent pas les mêmes valeurs.

On peut soutenir que l'exposition à certaines dissonances cognitives est nécessaire pour que les enfants apprennent ce qu'est la tolérance.

[40] Les parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles. Cependant, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2a) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*.

[41] Les appelants n'ont pas fait la preuve que le programme ÉCR portait atteinte à leur liberté de

Therefore, the trial judge did not err in holding that the school board's refusal to exempt their children from the ERC course did not violate their constitutional right.

[42] Moreover, the appellants have shown no error that would justify setting aside the trial judge's conclusion that the school board's decision was not made at the dictate of a third party. As for the Court of Appeal's decision to dismiss the appeal for mootness, suffice it to say that the question before this Court was important and that it justified hearing the appeal even though the appellants' children were no longer subject to the obligation to take the ERC course.

[43] The Court of Appeal was therefore right to uphold the conclusions of the Superior Court. For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

English version of the reasons of LeBel and Fish JJ. delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[44] This appeal once again brings to light the often serious difficulties resulting from changes in the relationship between religions, their members and the surrounding society in which they co-exist. The issues now before this Court arise out of the recent secularization of the public education system in Quebec and the implementation by Quebec's Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, in 2008 of an Ethics and Religious Culture Program ("ERC Program"), which is now mandatory at the elementary and secondary levels. The implementation of this program re-emphasizes the continuing problem of establishing an appropriate relationship between the religious neutrality of a modern democratic state and the deeply held religious beliefs of members of Quebec society who are often in a minority situation. In this context, and given the weaknesses of the specific record this Court must examine, I conclude, like my

religion. Par conséquent, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le refus de la Commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours ÉCR ne contrevenait pas à leur droit constitutionnel.

[42] Par ailleurs, les appelants n'ont démontré aucune erreur justifiant d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle la décision de la Commission scolaire n'avait pas été prise sous la dictée d'un tiers. Pour ce qui est de la décision de la Cour d'appel rejetant le pourvoi en raison de son caractère théorique, il suffit de mentionner que la question soumise à notre Cour était importante et justifiait que celle-ci entende le pourvoi, même si les enfants des appelants n'étaient plus assujettis à l'obligation de suivre le cours ÉCR.

[43] La Cour d'appel a donc eu raison de confirmer les conclusions de la Cour supérieure. Pour les motifs qui précèdent, l'appel est rejeté avec dépens.

Les motifs des juges LeBel et Fish ont été rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[44] Ce pourvoi soulève une fois de plus les difficultés souvent graves que provoque l'évolution des rapports entre les religions, leurs membres et la société ambiante dans laquelle ces religions coexistent. Les problèmes dont la Cour est saisie résultent de la déconfectionnalisation récente des réseaux d'enseignement public au Québec et de la mise en œuvre par le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport du Québec, en 2008, d'un programme d'éthique et de culture religieuse (« programme ÉCR ») qui fait désormais partie des programmes d'enseignement obligatoires au primaire et au secondaire. La mise en application de ce programme souligne à nouveau la persistance du problème de l'établissement d'un rapport approprié entre la neutralité religieuse d'un état démocratique moderne et les convictions religieuses profondes de membres souvent minoritaires de la société québécoise. Dans ce contexte et vu les faiblesses propres au

colleague Deschamps J., that the appeal should be dismissed. However, I do not thereby intend to conclusively uphold the ERC Program's constitutional validity or, above all, its specific application in the everyday workings of the education system. I will therefore make some comments on this subject in the reasons that follow.

II. Origin and Specific Characteristics of the Challenge

[45] The manner in which this legal debate began did not facilitate the task of examining and resolving the legal issues raised by the parties. As Deschamps J. explains in her reasons, the appellants combined two different requests for relief in a single proceeding. The first was a motion for judicial review in which the appellants sought to overturn the denial of their request for an exemption from the ERC Program for their children under s. 222 of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3. The other was a motion to the Superior Court for a declaration that the ERC Program violated their constitutional right and the constitutional right of their children to the protection of freedom of conscience and religion. The appellants undertook their challenge a very short time after the new program was implemented. This rushed approach hardly allowed for an assessment of the concrete impact of the program's implementation beyond the educational framework it established. This situation affected the content and quality of the evidence.

[46] I will not go over the motion for judicial review as such. The Superior Court's findings of fact do not support the argument that the decision to deny the appellants' children an exemption from the ERC Program was null because it was made at the dictate of a third party (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). I will comment solely on the declaratory aspect of the proceeding, that is, the allegation that the appellants' freedom of religion and that of their children was violated.

dossier particulier que notre Cour doit examiner, je conclurai comme ma collègue, la juge Deschamps, au rejet du pourvoi. Cependant, je n'entends pas pour autant confirmer définitivement la validité constitutionnelle du programme ÉCR, ni, surtout, de son application particulière dans la vie quotidienne du système d'éducation. Je ferai donc certaines observations à ce sujet dans les motifs qui suivent.

II. L'origine de la contestation et ses particularités

[45] La manière dont ce débat judiciaire s'est engagé n'a pas facilité l'examen et la solution des problèmes juridiques soulevés par les parties. Comme l'expose la juge Deschamps dans ses motifs, les appelants ont jumelé dans une même procédure deux demandes différentes. Dans la première, une demande de contrôle judiciaire, ils recherchaient l'annulation du refus de leur demande d'exemption du programme ÉCR, présentée en vertu de l'art. 222 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3 en faveur de leurs enfants. Dans la seconde, de nature déclaratoire, ils réclamaient que la Cour supérieure constate que le programme ÉCR violait leur droit constitutionnel à la protection de la liberté de conscience et de religion, ainsi que celui de leurs enfants. De plus, cette contestation a été entreprise fort peu de temps après la mise en application du nouveau programme. Cette précipitation ne permettait guère d'évaluer les effets concrets de la mise en œuvre du programme au-delà du seul cadre pédagogique qu'il établissait. Cet état de choses a affecté le contenu et la qualité de la preuve.

[46] Je ne reviendrai pas sur la demande de contrôle judiciaire proprement dite. Les constatations de faits de la Cour supérieure ne permettent pas de soutenir le moyen selon lequel la décision refusant d'exempter les enfants des appelants du programme ÉCR aurait été nulle parce qu'elle aurait été prise sous la dictée d'un tiers (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). Mes commentaires porteront seulement sur le volet déclaratoire de la demande, c'est-à-dire sur l'allégation de violation de la liberté de religion des appelants et de leurs enfants.

III. Allegation That Freedom of Religion Violated and Analytical Approach Taken by the Superior Court

[47] The appellants did not seek to annul the ERC Program. Instead, they asked the Superior Court to find that the refusal to exempt their children infringed the freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the “*Canadian Charter*”). They also relied on s. 3 of the *Quebec Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“the *Quebec Charter*”). They define themselves as Catholics and say that they practise their religion, which imposes an obligation on them to pass on their faith to their children. In substance, they argue that the mandatory nature of the program infringes this freedom of religion. First, the program advocates a relativistic view of religions. Next, it conveys the idea that religious values do not constitute a sound basis for making ethical decisions. Finally, the ERC Program tends to place children in a moral vacuum by requiring them to put aside their religious values when discussing ethical questions in class.

[48] With all due respect, I am not convinced that the trial judge adhered to the analytical approach first established by this Court in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, a case involving the application of s. 3 of the *Quebec Charter*. Two subsequent judgments by this Court have applied this approach to issues relating to the implementation of s. 2(a) of the *Canadian Charter* (*Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32).

[49] According to the approach adopted by this Court in *Amselem*, an applicant must first establish the sincerity of his or her belief in a religious doctrine, practice or obligation. In this area, the courts do not search an applicant’s soul or conscience and do not seek to become theologians. They ascertain

III. L’allégation de violation de la liberté de religion et la méthode d’analyse adoptée par la Cour supérieure

[47] Les appelants n’ont pas sollicité l’annulation du programme ÉCR. Ils ont plutôt demandé au tribunal de constater que le refus d’en exempter leurs enfants portait atteinte à la liberté de conscience et de religion que protège l’al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* »). Ils invoquent aussi l’art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (la « *Charte québécoise* »), L.R.Q., ch. C-12. Ils se définissent comme catholiques et affirment pratiquer leur religion. Selon eux, celle-ci leur impose l’obligation d’assurer la transmission de leur foi à leurs enfants. En substance, disent-ils, le caractère obligatoire du programme porterait atteinte à cette liberté de religion. D’abord, il prônerait une vision relativiste des religions. Ensuite, il exprimerait l’idée que les valeurs religieuses ne forment pas une base sûre pour prendre des décisions éthiques. Finalement, il tendrait à créer un vide moral chez les enfants en les obligeant à mettre de côté leurs valeurs religieuses lorsqu’ils discutent de questions éthiques en classe.

[48] Avec égards pour le juge de première instance, je ne suis pas convaincu qu’il ait respecté la grille d’analyse qu’a établie notre Cour, d’abord à l’occasion d’un débat sur l’application de l’art. 3 de la *Charte québécoise*, dans l’arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551. Deux jugements subséquents de notre Cour ont appliqué cette méthode d’analyse à des problèmes de mise en œuvre de l’al. 2a) de la *Charte canadienne* (*Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32).

[49] Selon l’approche adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Amselem*, le demandeur doit d’abord établir la sincérité de sa croyance dans une doctrine, une pratique ou une obligation religieuse. Dans ce domaine, le tribunal ne sonde pas les âmes ou les consciences et ne cherche pas à se transformer

whether there is a sincere subjective belief (paras. 42-43). The courts then determine whether the applicant has demonstrated significant infringement to that belief as a result of state action (paras. 58-60). This second part of the analysis must remain objective in nature.

[50] In the present case, the allegation that freedom of religion was violated concerned a specific aspect of such freedom, namely the obligations of parents relating to the religious upbringing of their children and the passing on of their faith. The right of parents to bring up their children in their faith is part of the freedom of religion guaranteed by the *Canadian Charter (B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 105, *per* La Forest J.). Following the analytical approach adopted in *Amsalem*, the appellants needed to establish that their religious belief was sincere and that the ERC Program infringed that aspect of their freedom of religion.

[51] The Superior Court turned this matter into a debate about the incorrect nature of the parents' belief. The trial judge acknowledged that the parents were Catholics and that they believed they had an obligation to pass on their faith to their children. Having gotten to that stage, he did not consider the program's content or its impact on the alleged belief. In substance, he held instead that the parents were wrong to believe that the program's objectives interfered with the fulfilment of their religious obligations toward their children. He relied mainly on the opinion of a theologian who served as an expert for the respondents and on the fact that the Assemblée des évêques catholiques du Québec was not opposed to the objectives of the ERC Program.

[52] The trial judge should have endeavoured to consider in more concrete terms the program's content and the impact claimed, correctly or not, by the appellants on the fulfilment of their religious obligations. There is no doubt that the appellants bore the burden of proof at this stage of the constitutional analysis. It was not enough to express disagreement with the program and its objectives. Despite being sincerely held, their opinion that basic moral

en théologien. Il vérifie la présence d'une croyance subjective et sincère (par. 42-43). Par la suite, il détermine si le demandeur a établi que les actes de l'État portent atteinte de manière appréciable à cette croyance (par. 58-60). Cette seconde partie de l'analyse doit conserver un caractère objectif.

[50] En l'espèce, l'allégation de violation de la liberté de religion portait sur un aspect spécifique de celle-ci, les obligations des parents à l'égard de l'éducation religieuse de leurs enfants et de la transmission de leur foi à ces derniers. Le droit des parents d'éduquer leurs enfants dans leur foi fait partie de la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne (B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 105, le juge La Forest). Suivant la grille d'analyse adoptée dans l'arrêt *Amsalem*, les appelants devaient établir la sincérité de leur croyance religieuse et l'atteinte que le programme ÉCR apporterait à cet aspect de leur liberté de religion.

[51] Dans la présente affaire, la Cour supérieure a transformé le débat en un litige sur le caractère erroné de la croyance des parents. Le premier juge a reconnu que ceux-ci étaient catholiques et qu'ils croyaient avoir l'obligation de transmettre leur foi à leurs enfants. Parvenu à cette étape, il ne s'est pas interrogé sur le contenu du programme ni sur ses effets sur la croyance alléguée. En substance, le premier juge a plutôt décidé que les parents en cause avaient tort de croire que les objectifs du programme nuisaient à l'exécution de leurs obligations religieuses envers leurs enfants. Il s'est basé principalement sur l'opinion d'un théologien cité comme expert par les intimés et sur le fait que l'Assemblée des évêques catholiques du Québec ne s'opposait pas aux objectifs du programme ÉCR.

[52] Il lui aurait fallu tenter de se pencher de manière plus concrète sur le contenu du programme et sur les conséquences que lui imputaient à tort ou à raison les appelants à l'égard de l'exécution de leurs obligations religieuses. À cette étape de l'analyse constitutionnelle, il est indéniable que le fardeau de la preuve reposait sur ces derniers. Le seul fait d'affirmer leur désaccord avec le programme et ses objectifs ne suffisait pas. Malgré sa sincérité, leur

relativism was the program's essential characteristic was not sufficient to establish a violation of the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. It must therefore be determined whether the claimants discharged their burden of proof.

IV. The Problem of Proving a Violation of Freedom of Religion

[53] This brings us to one of the problems that arise in this matter in determining whether the ERC Program is consistent with Quebec's constitutional obligations relating to freedom of religion. First, a finding of a violation of the two Charters cannot be based solely on a subjective perception of the Program's impact. Moreover, the Program's design and the content of the educational and administrative framework do not make it easy to assess the program's concrete impact in the everyday workings of Quebec's public school system. In other words, is it a program that will provide all students with better knowledge of society's diversity and teach them to be open to differences? Or is it an educational tool designed to get religion out of children's heads by taking an essentially agnostic or atheistic approach that denies any theoretical validity to the religious experience and religious values? Is the program consistent with the notion of secularism that has gradually been developed in constitutional cases, particularly in the field of education? The state of the record makes it impossible to answer these questions with confidence.

[54] This Court's decisions have stressed the importance of neutrality in the public school system. They have recognized that the very nature of a public education system implies the creation of opportunities for students of different origins and religions to learn about the diversity of opinions and cultures existing in our society, even in religious matters. Imparting information about different views of the world cannot be equated with a violation of freedom of religion (*Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86,

opinion selon laquelle un relativisme moral fondamental constitue la caractéristique essentielle de ce programme n'est pas suffisante pour établir une violation de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*. On doit donc vérifier si la preuve d'une telle violation a été faite.

IV. Le problème de la preuve de la violation de la liberté de religion

[53] Nous nous heurtons ici à l'une des difficultés que pose la présente instance pour ce qui est de l'évaluation de la conformité du programme ÉCR aux obligations constitutionnelles de la province de Québec en matière de liberté de religion. D'une part, la seule perception subjective des appelants au sujet de l'impact du programme ne permet pas de conclure à une violation des deux chartes. D'autre part, la conception du programme et la teneur du cadre pédagogique et administratif ne facilitent pas l'évaluation des conséquences concrètes du programme dans la vie quotidienne au sein du réseau scolaire public du Québec. En d'autres mots, s'agit-il d'un programme qui assurera à tous les élèves une meilleure connaissance de la diversité de la société et une approche d'ouverture aux différences? Ou s'agit-il plutôt d'un instrument pédagogique destiné à sortir la religion de la tête des enfants à partir d'une approche essentiellement agnostique ou athée, qui dénie toute validité de principe aux valeurs et à l'expérience religieuses? Le programme est-il conforme à la conception de la laïcité qui s'est formée graduellement dans la jurisprudence constitutionnelle, notamment dans le domaine scolaire? La preuve au dossier ne permet pas de répondre avec confiance à ces questions.

[54] Dans sa jurisprudence, notre Cour a souligné l'importance de la neutralité du réseau scolaire public. Elle a reconnu que la nature même d'un système d'enseignement public implique la création d'occasions pour les élèves d'origines et de religions différentes de prendre connaissance de la diversité des opinions et des cultures qui existent dans notre société, même en matière religieuse. Le fait d'informer les élèves sur des visions différentes du monde ne saurait être assimilé à une violation de la liberté de religion (*Chamberlain c. Surrey School District*

[2002] 4 S.C.R. 710, at paras. 65-66 and 211-12). Moreover, in the modern Canadian political system, the state in principle takes a position of neutrality. And it is barred from enacting private legislation that favours one religion over another (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 351, *per* Dickson J. (as he then was)). In a diverse country like Canada, such a position has become essential to preserving the constitutional freedom to believe or not believe and to express one's beliefs (*Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650). Under the constitutional principles governing state action, the state has neither an obligation to promote religious faith nor a right to discourage religious faith in its public education system. Only such true neutrality is in keeping with the secularism of the state (J. Woehrling, "Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec", in M. Jézéquel, ed., *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous* (2007), 215, at p. 220).

[55] The appellants' evidence concerning the violation of their freedom of religion consists first of a statement of their faith and of their conviction that the ERC Program interferes with their obligation to teach and pass on that faith to their children. In addition, they filed the ERC Program, which is several hundred pages long and takes up a volume of the appeal record, as well as a textbook used to teach the program.

[56] Based on the rules of civil evidence, this documentation does not make it possible to find a violation of the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. This conclusion results from the very nature of the administrative document prepared by Quebec's Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, to explain the program's general content, objectives and methods. In fact, that document in its current form says little about the actual content of the teaching and the approach that teachers will actually take in dealing with their students. It determines neither the content of the textbooks

No. 36, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 65-66 et 211-212). Par ailleurs, dans le régime politique canadien moderne, l'État conserve en principe une attitude de neutralité. L'État ne saurait d'ailleurs adopter des lois privées privilégiant une religion par rapport à une autre (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 351, le juge Dickson (plus tard Juge en chef)). Dans un pays divers comme le Canada, une telle attitude est devenue essentielle pour préserver la liberté constitutionnelle de croire ou de ne pas croire et celle d'exprimer ses croyances (*Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650). Dans son système d'enseignement public, l'État n'a, en vertu des principes constitutionnels qui régissent son action, ni l'obligation de favoriser la foi religieuse, ni le droit de décourager celle-ci. Seule cette véritable neutralité respecte sa laïcité (J. Woehrling, « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec », dans M. Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous* (2007), 215, p. 220).

[55] La preuve présentée par les appelants pour établir la violation de leur liberté de religion consiste d'abord à affirmer leur foi et leur conviction que le programme ÉCR porte atteinte à leur obligation d'enseigner et de transmettre cette foi à leurs enfants. En outre, ils ont déposé le programme en question, lequel comprend quelques centaines de pages remplissant un volume du dossier d'appel, en plus de produire un manuel scolaire destiné à l'enseignement de ce programme.

[56] Cette documentation ne permet toutefois pas de conclure, suivant les normes de la preuve civile, à une violation de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*. Cette conclusion découle de la nature même du document administratif qu'a préparé le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport du Québec pour expliquer le contenu général du programme, ses objectifs et ses méthodes. Dans sa forme actuelle, il dit en réalité peu de chose sur le contenu concret de l'enseignement et sur l'approche qui sera effectivement adoptée par les enseignants dans leurs relations avec les élèves. Il ne

or educational materials to be used, nor their approach to religious facts or to the relationship between religious values and the ethical choices open to students. The program is made up of general statements, diagrams, descriptions of objectives and competencies to be developed as well as various recommendations for the program's implementation. Even after a careful reading, it is not really possible to assess what the program's implementation will actually mean. As a result, it is hard to tell what the emphasis the program will place on Quebec's religious heritage and on the cultural and historical importance of Catholicism and Protestantism in that province will mean (A.R., vol. V, at p. 710).

[57] A textbook has been filed and experts have expounded and testified for both sides, strongly supporting conflicting positions. The evidence concerning the teaching methods and content and the spirit in which the program is taught has remained sketchy. Unless it can be found that any exposure of children to realities that differ from those in their family environment is unacceptable in light of the constitutional or quasi-constitutional protection conferred on freedom of religion, I cannot conclude that the appellants have been able to prove their case.

[58] As a result of the state of the record, however, I am also unable to conclude that the program and its implementation could not, in the future, possibly infringe the rights granted to the appellants and persons in the same situation. In this regard, the single textbook filed in the record may cause some confusion in terms of the way it presents the connection between the program's religious content and its ethical content. For example, does the content of the Christmas-related exercises for six-year-old students encourage the transformation of an experience and tradition into a form of folklore consisting merely of stories about mice or surprising neighbours? These are some potential questions and concerns. The record before this Court does not make it possible to respond to them. However, the legal situation could change during the existence of the ERC Program.

détermine pas non plus le contenu des manuels ou des autres ressources pédagogiques qui seront utilisés, ni leur approche à l'égard des faits religieux ou des rapports entre les valeurs religieuses et les choix éthiques ouverts aux étudiants. Le programme est composé d'énoncés généraux, de diagrammes, de descriptions d'objectifs et de compétences à développer, ainsi que de recommandations diverses sur son application. Même après une lecture attentive, il ne permet guère d'apprécier quel effet entraînera réellement son application. Ainsi, il demeure difficile de déterminer ce que signifiera le regard privilégié que le programme devra porter sur le patrimoine religieux du Québec et sur l'importance culturelle et historique du catholicisme et du protestantisme dans cette province (d.a., vol. V, p. 710).

[57] Un manuel a été déposé, puis des experts ont disserté et témoigné de part et d'autre, en défendant ardemment des thèses contradictoires. La preuve sur les méthodes et le contenu de l'enseignement, comme sur son esprit est restée schématique. À moins de conclure que toute exposition d'un enfant à des réalités différentes de celles de son milieu familial est inadmissible en raison de la protection constitutionnelle ou quasi constitutionnelle accordée à la liberté de religion, je ne saurais conclure que les appelants ont réussi à faire la preuve de leurs prétentions.

[58] Par ailleurs, l'état de la preuve ne me permet pas non plus de conclure que le programme et sa mise en application ne pourront éventuellement porter atteinte aux droits accordés aux appelants et à des personnes placées dans la même situation. À cet égard, le seul manuel scolaire versé au dossier laisse dans une certaine mesure perplexe quant à la présentation des rapports entre le contenu religieux et le contenu éthique du programme. Par exemple, le contenu des exercices proposés à des élèves de six ans à l'occasion de la fête de Noël inviterait-il à la folklorisation d'une expérience et d'une tradition assimilées à de simples contes sur des souris ou des voisins surprenants? Ce sont des questions et des inquiétudes possibles. Le dossier soumis à notre Cour ne permet pas d'y répondre. Toutefois, il se peut que la situation juridique évolue au cours de la vie du programme ÉCR.

[59] For these reasons and subject to these qualifications, I would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the respondent Commission scolaire des Chênes: Morency Société d'avocats, Québec.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Christian Legal Fellowship: Robert E. Reynolds, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitor for the intervener Coalition pour la liberté en éducation: Jean-Pierre Bélisle, Saint-Joseph-du-Lac, Quebec.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Solicitors for the intervener Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation: Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Quebec.

Solicitors for the interveners the Canadian Council of Christian Charities and the Canadian Catholic School Trustees' Association: Miller Thomson, Toronto.

Solicitors for the intervener Fédération des commissions scolaires du Québec: Guimont, Tremblay, avocats, Québec.

[59] Pour ces motifs et avec ces réserves, je rejetterais le pourvoi, sans dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Commission scolaire des Chênes: Morency Société d'avocats, Québec.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit: Robert E. Reynolds, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Coalition pour la liberté en éducation: Jean-Pierre Bélisle, Saint-Joseph-du-Lac, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation: Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Québec.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes et l'Association canadienne des commissaires d'écoles catholiques: Miller Thomson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des commissions scolaires du Québec: Guimont, Tremblay, avocats, Québec.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 2012 Vol. 1

2^e cahier, 2012 Vol. 1

Cited as [2012] 1 S.C.R. 265-528

Renvoi [2012] 1 R.C.S. 265-528

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Doré v. Barreau du Québec 395

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Disciplinary council — Lawyer challenging constitutionality of council's decision — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether framework developed in *R. v. Oakes* appropriate to determine if discretionary administrative decisions comply with Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Law of professions — Discipline — Barristers and solicitors — Lawyer writing private letter to judge and criticizing him — Disciplinary council finding lawyer in breach of duty to behave with objectivity, moderation and dignity and reprimanding him — Whether council properly balanced relevant Charter values with statutory objectives — Whether decision reasonable — Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.03.

Fundy Settlement v. Canada 520

Taxation — Income tax — Trusts — Residence — Trusts held by corporation resident in Barbados — Beneficiaries of trusts resident in Canada — Central management and control of trusts carried out by main trust beneficiaries in Canada — Trustee seeking return of amounts withheld on account of Canadian tax from capital gains realized by trusts on sale of shares in Canada — Whether trusts are resident in Canada for taxation purposes.

Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission) 364

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Complaint filed with Nova Scotia Human Rights Commission — Commission requesting appointment of board of inquiry — Decision set aside on judicial review — Board prohibited from proceeding — Appeal allowed — Whether chambers judge applied correct standard of review — Whether Commission erred in requesting appointment of board of inquiry.

Momentous.ca Corp. v. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd. 359

Private international law — Jurisdiction of Ontario courts — Choice of forum clauses — Motion to dismiss action brought after statement of defence filed on ground that Ontario courts had no jurisdiction in light of forum selection clauses — Whether dismissal of action could be sought notwithstanding delivery of statement of defence — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(3)(a).

Continued on next page

SOMMAIRE

Doré c. Barreau du Québec 395

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Comité de discipline — Contestation par un avocat de la constitutionnalité de la décision du Comité — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — Le cadre d'analyse élaboré dans *R. c. Oakes* convient-il pour apprécier la conformité à la Charte canadienne des droits et libertés de décisions administratives de nature discrétionnaire?

Droit des professions — Discipline — Avocats et procureurs — Lettre privée adressée par un avocat à un juge dans laquelle il critique ce dernier — Décision du Comité de discipline de réprimander l'avocat pour avoir manqué à son obligation de faire preuve d'objectivité, de modération et de dignité — Le Comité a-t-il correctement mis en balance les valeurs pertinentes consacrées par la Charte et les objectifs visés par la loi? — La décision était-elle raisonnable? — Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.03.

Fundy Settlement c. Canada 520

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Fiducies — Résidence — Fiducies détenues par une société résidente de la Barbade — Bénéficiaires des fiducies résidents du Canada — Gestion centrale et contrôle des fiducies exercés au Canada par les bénéficiaires principaux des fiducies — Demande présentée par la fiduciaire en vue d'obtenir le remboursement des sommes versées au titre de l'impôt canadien retenu sur les gains en capital réalisés par les fiducies à l'occasion de la vente d'actions au Canada — Ces fiducies sont-elles des résidents du Canada pour les besoins de l'impôt sur le revenu?

Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission) 364

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Dépôt d'une plainte à la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse — Commission ayant demandé la nomination d'une commission d'enquête — Décision annulée lors d'un contrôle judiciaire — Interdiction faite à la commission d'enquête d'aller de l'avant — Appel accueilli — Le juge en cabinet a-t-il appliqué la bonne norme de contrôle? — La Commission a-t-elle eu tort de demander la nomination d'une commission d'enquête?

Momentous.ca Corp. c. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd. 359

Droit international privé — Compétence des tribunaux de l'Ontario — Clauses d'élection de for — Motion présentée

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Eastgaard 393

Criminal law — Firearms — Possession of prohibited or restricted firearm with ammunition — Elements of offence — Mens rea — Trial judge inferring from circumstances of case that accused had knowledge that firearm was loaded — Conviction based on inference drawn from circumstantial evidence not unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

R. v. Ipeelee 433

Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Breach of condition of long-term supervision order — Principles governing sentencing of Aboriginal offenders — Whether principles outlined in R. v. Gladue apply to breach of long-term supervision order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2(e).

Richard v. Time Inc. 265

Consumer protection — Prohibited business practices — False or misleading representations — Court of Appeal finding that merchant's representations would not mislead consumer "with average level of intelligence, scepticism and curiosity" — Test for determining whether general impression given by representation constitutes prohibited practice — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 218, 219, 228, 238(c).

Consumer protection — Prohibited business practices — Recourses — Conditions for exercising recourses — Conditions that apply where consumer seeks, under s. 272 of Consumer Protection Act, to have court sanction violations of Title II of that Act — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 2, 253, 272.

Consumer protection — Prohibited business practices — Recourses — Consumer seeking compensatory and punitive damages under s. 272 of Consumer Protection Act — Conditions for awarding damages and criteria for determining their quantum — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, s. 272 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621.

SOMMAIRE (Suite)

après le dépôt d'une défense en vue d'obtenir le rejet de l'action, au motif que les tribunaux ontariens n'avaient pas compétence du fait des clauses d'élection de for — Le rejet de l'action pouvait-il être demandé malgré la remise d'une défense? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(3)a).

R. c. Eastgaard 393

Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte avec des munitions — Éléments de l'infraction — Mens rea — Le juge du procès a inféré des circonstances de l'espèce que l'accusé savait que l'arme à feu était chargée — La déclaration de culpabilité basée sur la preuve circonstancielle n'était pas déraisonnable — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.

R. c. Ipeelee 433

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Manquement à une condition d'une ordonnance de surveillance de longue durée — Principes régissant la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone — Les principes formulés dans R. c. Gladue s'appliquent-ils à la violation d'une ordonnance de surveillance de longue durée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2e).

Richard c. Time Inc. 265

Protection du consommateur — Pratiques de commerce interdites — Représentations fausses ou trompeuses — Cour d'appel concluant que des représentations faites par un commerçant n'étaient pas de nature à tromper un consommateur « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » — Quel est le critère à adopter pour déterminer si l'impression générale donnée par une représentation constitue une pratique interdite? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 218, 219, 228, 238c).

Protection du consommateur — Pratiques de commerce interdites — Recours — Conditions d'ouverture — À quelles conditions l'art. 272 de la Loi sur la protection du consommateur permet-il au consommateur de faire sanctionner les violations aux prescriptions du titre II de cette loi? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 2, 253, 272.

Protection du consommateur — Pratiques de commerce interdites — Recours — Demande de dommages-intérêts compensatoires et punitifs faite par un consommateur en vertu de l'art. 272 de la Loi sur la protection du consommateur — Quelles sont les conditions d'octroi des dommages-intérêts et les critères à utiliser pour déterminer

SOMMAIRE (Fin)

leur quantum? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 272 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621.

Jean-Marc Richard *Appellant*

v.

Time Inc. and Time Consumer Marketing Inc. *Respondents*

INDEXED AS: RICHARD v. TIME INC.

2012 SCC 8

File No.: 33554.

2011: January 18; 2012: February 28.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Consumer protection — Prohibited business practices — False or misleading representations — Court of Appeal finding that merchant’s representations would not mislead consumer “with average level of intelligence, scepticism and curiosity” — Test for determining whether general impression given by representation constitutes prohibited practice — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 218, 219, 228, 238(c).

Consumer protection — Prohibited business practices — Recourses — Conditions for exercising recourses — Conditions that apply where consumer seeks, under s. 272 of Consumer Protection Act, to have court sanction violations of Title II of that Act — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 2, 253, 272.

Consumer protection — Prohibited business practices — Recourses — Consumer seeking compensatory and punitive damages under s. 272 of Consumer Protection Act — Conditions for awarding damages and criteria for determining their quantum — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, s. 272 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621.

In his mail, R received an “Official Sweepstakes Notification” (the “Document”) in the form of a letter supposedly signed by the manager responsible for the

Jean-Marc Richard *Appellant*

c.

Time Inc. et Time Consumer Marketing Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : RICHARD c. TIME INC.

2012 CSC 8

N° du greffe : 33554.

2011 : 18 janvier; 2012 : 28 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Protection du consommateur — Pratiques de commerce interdites — Représentations fausses ou trompeuses — Cour d’appel concluant que des représentations faites par un commerçant n’étaient pas de nature à tromper un consommateur « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » — Quel est le critère à adopter pour déterminer si l’impression générale donnée par une représentation constitue une pratique interdite? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 218, 219, 228, 238c).

Protection du consommateur — Pratiques de commerce interdites — Recours — Conditions d’ouverture — À quelles conditions l’art. 272 de la Loi sur la protection du consommateur permet-il au consommateur de faire sanctionner les violations aux prescriptions du titre II de cette loi? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 2, 253, 272.

Protection du consommateur — Pratiques de commerce interdites — Recours — Demande de dommages-intérêts compensatoires et punitifs faite par un consommateur en vertu de l’art. 272 de la Loi sur la protection du consommateur — Quelles sont les conditions d’octroi des dommages-intérêts et les critères à utiliser pour déterminer leur quantum? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 272 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621.

R a reçu par courrier un « Avis officiel du concours Sweepstakes » (le « Document ») sous forme de lettre signée, apparemment, par la directrice du programme

sweepstakes. Along the edge of the letter were boxes printed in colour, some of which, because they referred to *Time* magazine, could lead the recipient to infer that it was from T and TCM. In the Document, which was written in English only, several exclamatory sentences in bold uppercase letters, whose purpose was to catch the reader's attention by suggesting that he or she had won a cash prize of US\$833,337, were combined with conditional clauses in smaller print, some of which began with the words "If you have and return the Grand Prize winning entry in time". In addition, the back side of the letter informed R that he would qualify for a \$100,000 bonus prize if he validated his entry within five days. The mailing also contained a reply coupon and a return envelope on which the official rules of the sweepstakes appeared in small print. The reply coupon also offered R the possibility of subscribing to *Time* magazine. As well, the rules stated that a winning number had been pre-selected by computer and that the holder of that number could receive the grand prize only if the reply coupon was returned by the deadline. If the holder of the pre-selected winning number did not return the reply coupon, the rules explained, the grand prize winner would be selected by random drawing among all eligible entries, that is, everyone who had returned the reply coupon, and each participant's odds of winning would then be 1:120 million. Convinced that he was about to receive the promised amount, R immediately returned the reply coupon that was in the envelope. In doing so, he also subscribed to *Time* magazine. R began regularly receiving issues of the magazine a short time later, but the cheque he was expecting was a long time coming. He contacted T and TCM, which informed him that he would not be receiving a cheque, because the Document had not contained the winning entry for the draw and was merely an invitation to participate in a sweepstakes. They also informed him that the manager who had signed the letter did not exist; the name was merely a "pen name".

R filed a motion to institute proceedings in which he asked the Quebec Superior Court to declare him to be the winner of the cash prize mentioned in the Document and to order T and TCM to pay compensatory and punitive damages corresponding to the value of the grand prize. The Superior Court allowed the action in part. It held that the Document contravened Title II of the *Consumer Protection Act* ("C.P.A.") on prohibited business practices and that the civil sanctions provided for in s. 272 C.P.A. were accordingly available. The judge set the value of the moral injuries suffered by R at \$1,000 and fixed the quantum

et bordée d'encadrés imprimés en couleurs dont certains, en raison de leurs références au magazine *Time*, permettent à son destinataire de déduire qu'elle émane de T et TCM. Le Document, en langue anglaise seulement, combine plusieurs phrases écrites en majuscules et caractères gras rédigées sous forme exclamative, dont l'objectif est de capter l'attention du lecteur en lui suggérant qu'il est le gagnant d'un prix en argent de 833 337 \$US, à des phrases imprimées en plus petits caractères rédigées sous forme conditionnelle, dont plusieurs débutent par les mots « Si vous détenez le coupon de participation gagnant du Gros Lot et le retournez à temps ». Au verso, la lettre indique d'ailleurs que R sera admissible à un prix additionnel de 100 000 \$ s'il valide son inscription à l'intérieur d'un délai de cinq jours. L'envoi postal contenait aussi un coupon-réponse ainsi qu'une enveloppe de retour sur laquelle les règles officielles du concours étaient imprimées en petits caractères. Le coupon-réponse offrait également à R la possibilité de s'abonner au magazine *Time*. Par ailleurs, les règles indiquaient qu'un numéro gagnant avait été présélectionné par ordinateur et que son détenteur ne pourrait toucher le gros lot que s'il retournait le coupon-réponse dans le délai fixé. Les règles indiquaient que, dans l'éventualité où le détenteur du numéro gagnant présélectionné ne retournerait pas le coupon-réponse, le gros lot serait tiré aléatoirement parmi toutes les personnes ayant retourné le coupon-réponse et que chaque participant aurait alors une chance de gagner sur 120 millions. Convaincu qu'il était sur le point de toucher la somme promise, R a aussitôt retourné le coupon-réponse se trouvant à l'intérieur de l'enveloppe. Ce faisant, il s'est abonné au magazine *Time*. Peu après, R a commencé à recevoir les numéros du magazine à intervalles réguliers, mais le chèque espéré se faisait attendre. Il a contacté T et TCM, qui l'ont informé qu'il ne recevrait aucun chèque puisque le Document ne portait pas le numéro gagnant du tirage et ne constituait qu'une simple invitation à participer à un concours. Elles l'ont également informé que la directrice du programme qui avait signé la lettre n'existait pas; il s'agissait plutôt d'un « nom de plume ».

R a déposé une requête introductive d'instance demandant à la Cour supérieure du Québec de le déclarer gagnant du prix en argent mentionné dans le Document et de condamner T et TCM à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs correspondant à la valeur du gros lot. La Cour supérieure a accueilli le recours en partie. Elle a jugé que le Document contrevenait aux prescriptions du titre II de la *Loi sur la protection du consommateur* (« L.p.c. ») portant sur les pratiques interdites de commerce et donnait ouverture aux sanctions civiles prévues à l'art. 272 L.p.c. La juge a fixé à 1 000 \$ la valeur des dommages moraux subis par

of punitive damages that were also awarded to him at \$100,000.

The Court of Appeal allowed the appeal of T and TCM and concluded that they had not violated the *C.P.A.* First, T and TCM had not violated s. 228 *C.P.A.* by failing to indicate clearly in the Document that R might not be the grand prize winner. Moreover, using the name of a fictitious person as the signer of the Document did not contravene s. 238(c) *C.P.A.*, since it did not have the potential to mislead consumers about the merchant's identity. Finally, there were no false or misleading representations in the Document, as it would not mislead a consumer "with an average level of intelligence, scepticism and curiosity". The Court of Appeal set aside the award of compensatory and punitive damages.

Held: The appeal should be allowed in part.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.: The analytical approach chosen by the Court of Appeal for establishing the general impression conveyed by the advertisement of T and TCM was inconsistent with the test adopted by the legislature. According to s. 218 *C.P.A.*, which guides the application of all the provisions of Title II concerning prohibited business practices, to determine whether a representation constitutes such a practice, it is necessary to consider the "general impression" given by the representation and, where appropriate, the "literal meaning" of the words used in it. In the case of false or misleading advertising, the general impression is the one a person has after an initial contact with the entire advertisement, and it relates to both the layout of the advertisement and the meaning of the words used. It is analysed without considering the personal attributes of the consumer who has instituted proceedings against the merchant. To be consistent with the legislature's objective of protecting vulnerable persons from the dangers of certain advertising techniques, the general impression test must be applied from the perspective of the average consumer, who is credulous and inexperienced and takes no more than ordinary care to observe that which is staring him or her in the face upon first entering into contact with an entire advertisement. Considerable importance must be attached not only to the text, but also to the entire context, including the way the text is displayed to the consumer. Defining the average consumer as having "an average level of intelligence, scepticism and curiosity" is inconsistent with the letter and the spirit of s. 218 *C.P.A.* A court asked to assess the veracity of a commercial representation must engage, under s. 218 *C.P.A.*, in a two-step

R. Elle a fixé à 100 000 \$ le quantum des dommages-intérêts punitifs qui lui étaient également octroyés.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de T et TCM et conclu qu'elles n'avaient pas violé la *L.p.c.* D'abord, T et TCM n'avaient pas violé l'art. 228 *L.p.c.* en omettant d'écrire clairement sur le Document que R pouvait ne pas être le gagnant du gros lot. De plus, l'utilisation du nom d'une personne fictive comme signataire du Document ne violait pas l'al. 238c) *L.p.c.*, car cela n'était pas susceptible de tromper les consommateurs sur l'identité du commerçant. Enfin, le Document ne contenait aucune représentation fautive ou trompeuse, car il ne serait pas de nature à tromper le consommateur « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux ». La Cour d'appel a cassé la condamnation à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Cromwell : La méthode d'analyse choisie par la Cour d'appel pour déterminer l'impression générale donnée par la publicité de T et TCM ne respectait pas le critère retenu par le législateur. L'article 218 *L.p.c.*, qui encadre l'application de toutes les dispositions du titre II concernant les pratiques de commerce interdites, prescrit que, pour déterminer si une représentation constitue une telle pratique, il faut examiner l'« impression générale » donnée par la représentation ainsi que, s'il y a lieu, le « sens littéral » des termes qui y sont employés. En ce qui concerne la publicité fautive ou trompeuse, l'impression générale est celle qui se dégage après un premier contact complet avec la publicité, et ce, à l'égard tant de sa facture visuelle que de la signification des mots employés. Elle s'analyse en faisant abstraction des attributs personnels du consommateur à l'origine de la procédure engagée par le commerçant. Pour respecter l'objectif du législateur de protéger les personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires, le critère de l'impression générale doit être appliqué dans une perspective d'un consommateur moyen, crédule et inexpérimenté, qui ne prête rien de plus qu'une attention ordinaire à ce qui lui saute aux yeux lors d'un premier contact complet avec une publicité. Une importance considérable doit être attachée non seulement au texte, mais à tout son contexte, notamment à la manière dont il est présenté au consommateur. Définir le consommateur moyen comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » se concilie mal avec le libellé et l'esprit de l'art. 218 *L.p.c.* Les tribunaux appelés à évaluer la véracité d'une représentation commerciale doivent procéder, selon l'art. 218

analysis that involves — having regard, where appropriate, to the literal meaning of the words used by the merchant — (1) describing the general impression that the representation is likely to convey to a credulous and inexperienced consumer; and (2) determining whether that general impression is true to reality. If the answer at the second step is no, the merchant has engaged in a prohibited practice.

In this case, the average consumer, after first reading the Document, would have been under the general impression that R held the winning entry and had only to return the reply coupon to initiate the claim process. The Document's strange collection of affirmations and restrictions was not clear or intelligible enough to dispel the general impression conveyed by the most prominent sentences. Even if it did not necessarily contain any statements that were actually false, the fact remains that it was riddled with misleading representations within the meaning of s. 219 *C.P.A.* Furthermore, the contest rules were not all apparent to someone reading the Document for the first time. These are important facts that T and TCM were required to mention. As a result, T and TCM also violated s. 228 *C.P.A.* However, the use by T and TCM of a "pen name" in their advertising material did not amount to a violation of s. 238(c) of the *C.P.A.*, as the Document contained no false representations concerning their status or identity. It can be understood from a single reading that the Document was from them and that they did not claim to have a particular status or identity that they did not actually have.

Subject to the other recourses provided for in the *C.P.A.*, a consumer can institute proceedings under s. 272 *C.P.A.* to have the court sanction a failure by a merchant or a manufacturer to fulfil an obligation imposed on the merchant or manufacturer by the *C.P.A.*, by the regulations made under the *C.P.A.* or by a voluntary undertaking. Where a merchant or a manufacturer fails to fulfil an obligation to which s. 272 *C.P.A.* applies, the consumer can claim a contractual remedy, compensatory damages and punitive damages, or just one of those remedies. It will then be up to the trial judge to award the remedies he or she considers appropriate in the circumstances. However, the sanction available under s. 272 for failing to fulfil an obligation must be imposed in accordance with the principles governing the application of the *C.P.A.* and, where applicable, the rules of the general law. In particular, legal interest under that provision depends on the existence of a contract to which the Act applies, since s. 2 *C.P.A.* establishes the basic principle that a consumer contract must

L.p.c., à une analyse en deux étapes, en tenant compte, s'il y a lieu, du sens littéral des mots employés par le commerçant : (1) décrire d'abord l'impression générale que la représentation est susceptible de donner chez le consommateur crédule et inexpérimenté; (2) déterminer ensuite si cette impression générale est conforme à la réalité. Dans la mesure où la réponse à cette dernière question est négative, le commerçant aura commis une pratique interdite.

En l'espèce, le consommateur moyen, après une première lecture du Document, aurait eu l'impression générale que R détenait le numéro gagnant et qu'il lui suffisait de retourner le coupon-réponse pour que la procédure de réclamation puisse s'enclencher. Le curieux assemblage d'affirmations et de restrictions que contient le Document n'est pas suffisamment clair et intelligible pour dissiper l'impression laissée par ses phrases prédominantes. Même si le Document ne contient pas nécessairement d'énoncés qui sont littéralement faux, il reste qu'il est truffé de représentations trompeuses au sens de l'art. 219 *L.p.c.* De plus, les règles du concours n'apparaissent pas toutes lors d'une première lecture du Document. Il s'agit là de faits importants que T et TCM ne pouvaient passer sous silence. Par voie de conséquence, T et TCM ont aussi contrevenu à l'art. 228 *L.p.c.* Toutefois, même si elles ont utilisé un « nom de plume » dans leur matériel publicitaire, T et TCM n'ont pas contrevenu à l'al. 238c) *L.p.c.*, car le Document ne contient aucune représentation fautive quant à leur statut ou identité. Une seule lecture du Document suffit pour comprendre qu'il émane d'elles et que celles-ci ne déclarent pas posséder un statut ou une identité qu'elles n'ont pas en réalité.

Un consommateur peut, sous réserve des autres recours prévus par la loi, intenter une poursuite en vertu de l'art. 272 *L.p.c.* afin de faire sanctionner la violation par un commerçant ou un fabricant d'une obligation que lui impose la *L.p.c.*, un règlement adopté en vertu de celle-ci ou un engagement volontaire. En cas de contravention par un commerçant ou un fabricant à une obligation visée par l'art. 272 *L.p.c.*, le consommateur peut demander à la fois des réparations contractuelles, des dommages-intérêts compensatoires et des dommages-intérêts punitifs ou, au contraire, ne réclamer que l'une de ces mesures. Il appartiendra ensuite au juge de première instance d'accorder les réparations qu'il estimera appropriées dans les circonstances. La sanction de la violation d'une obligation en vertu de l'art. 272 doit toutefois s'exercer conformément aux principes régissant l'application de la *L.p.c.* et, le cas échéant, aux règles du droit commun. En particulier, l'intérêt juridique pour agir en vertu de cette disposition dépend de l'existence d'un contrat visé par la loi, car l'art. 2 *L.p.c.* pose le

exist for the Act to apply, except in the specific case of the penal provisions. The recourse is therefore available only to natural persons who have entered into a contract governed by the Act with a merchant or a manufacturer.

The presumption of fraud provided for in s. 253 *C.P.A.* does not delimit the scope of s. 272 *C.P.A.* or govern the principles that underlie the application of that section. Rather, it provides consumers with additional protection in situations in which they do not wish or are not able to exercise a recourse under s. 272 *C.P.A.* Similarly, s. 217 *C.P.A.*, which provides that the fact that a prohibited practice has been used is not subordinate to whether or not a contract has been made, is not intended to govern the conditions under which the recourses provided for in s. 272 *C.P.A.* are available and can be exercised. It relates only to the existence of a prohibited practice and authorizes the Director of Criminal and Penal Prosecutions to enforce the Act on a preventive basis, in keeping with the legislature's intention.

For the contractual remedies provided for in s. 272 *C.P.A.* to be available, a consumer does not have to prove fraud and its consequences on the basis of the ordinary rules of the civil law, since, given the influence that prohibited practices can have on a consumer's decision to enter into a contractual relationship with a merchant, a prohibited practice in itself constitutes fraud within the meaning of art. 1401 of the *Civil Code of Quebec* ("*C.C.Q.*"). As well, a merchant or manufacturer who is sued cannot raise a defence based on "fraud that has been uncovered and is not prejudicial". The recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* is based on the premise that any failure to fulfil an obligation imposed by the Act gives rise to an absolute presumption of prejudice to the consumer. Proof that one of the statutory contractual obligations that are set out primarily in Title I of the Act has been violated entitles a consumer, without having to meet any additional requirements, to obtain one of the contractual remedies provided for in s. 272. A consumer who wishes to benefit from this presumption in order to have a court sanction the use by a merchant or a manufacturer of practices prohibited by Title II of the Act must prove the following: (1) that the merchant or manufacturer failed to fulfil one of the obligations imposed by Title II of the Act; (2) that the consumer saw the representation that constituted a prohibited practice; (3) that the consumer's seeing that representation resulted in the formation, amendment or performance of a consumer contract; and (4) that a sufficient nexus existed between the content of the representation and the goods or services covered by the contract. This last requirement means that

principe fondamental que l'existence d'un contrat de consommation représente la condition nécessaire à l'application de la loi, sous réserve du cas particulier des dispositions pénales. Le recours n'est donc ouvert qu'aux personnes physiques ayant conclu avec un commerçant ou un fabricant un contrat régi par la loi.

La présomption de dol établie par l'art. 253 *L.p.c.* ne délimite pas la portée de l'art. 272 *L.p.c.* et ne régit pas les principes qui en sous-tendent l'application. Elle accorde plutôt une protection additionnelle au consommateur dans des situations où il ne souhaite pas ou ne peut pas exercer un recours en vertu de l'art. 272 *L.p.c.* De même, l'art. 217 *L.p.c.*, qui dispose que la commission d'une pratique interdite n'est pas subordonnée à la conclusion d'un contrat, n'a pas vocation à régir les conditions d'ouverture et d'exercice des recours prévus à l'art. 272 *L.p.c.* Cet article ne porte que sur l'existence d'une pratique interdite, et permet au directeur des poursuites criminelles et pénales de faire respecter la loi à titre préventif, conformément à l'intention législative en la matière.

Pour avoir accès aux mesures de réparation contractuelles prévues à l'art. 272 *L.p.c.*, le consommateur n'a pas à prouver le dol et ses conséquences selon les règles ordinaires du droit civil, car, vu l'influence possible des pratiques interdites sur la décision des consommateurs de s'engager dans une relation contractuelle avec un commerçant, l'existence d'une pratique interdite constitue en soi un dol au sens de l'art. 1401 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »). De même, le commerçant ou le fabricant poursuivi ne peut soulever un moyen de défense basé sur le « dol éclairé et non préjudiciable ». Le recours prévu à l'art. 272 *L.p.c.* est fondé sur la prémisse que tout manquement à une obligation imposée par la loi entraîne l'application d'une présomption absolue de préjudice pour le consommateur. La preuve de la violation d'une obligation contractuelle de source légale qui se retrouve principalement au titre I de la loi permet, sans exigence additionnelle, au consommateur d'obtenir l'une des mesures de réparation contractuelles prévues à l'art. 272. Lorsqu'il souhaite faire sanctionner les pratiques interdites au titre II de la loi et commises par les commerçants et fabricants, le consommateur, pour bénéficier de cette présomption, doit prouver : (1) la violation par le commerçant ou le fabricant d'une des obligations imposées par le titre II de la loi; (2) la prise de connaissance de la représentation constituant une pratique interdite par le consommateur; (3) la formation, la modification ou l'exécution d'un contrat de consommation subséquente à cette prise de connaissance et (4) une proximité suffisante entre le contenu de la représentation et le bien ou le service visé par le contrat. Selon ce dernier critère, la pratique interdite

the prohibited practice must be one that was capable of influencing a consumer's behaviour with respect to the formation, amendment or performance of the contract. Where these four requirements are met, the contract so formed, amended or performed constitutes, in itself, a prejudice suffered by the consumer, and the consumer is entitled to demand one of the contractual remedies provided for in s. 272 *C.P.A.*

The recourse in damages provided for in s. 272 *C.P.A.* is not dependent on the specific contractual remedies set out in s. 272(a) to (f). It must nevertheless be exercised in accordance with the rule concerning the legal interest required to institute proceedings under s. 272 and is subject to the general rules of Quebec civil law. In addition, a claim for extracontractual compensatory damages is available, since fraud committed during the pre-contractual phase is a civil fault that can give rise to extracontractual liability. Where the recourse in damages provided for in s. 272 *C.P.A.* is available to a consumer, his or her burden of proof is therefore eased, regardless of whether the recourse is contractual or extracontractual in nature, because of the absolute presumption of prejudice that results from any unlawful act committed by the merchant or manufacturer. This presumption means that the consumer does not have to prove that the merchant intended to mislead. A consumer to whom the irrebuttable presumption of prejudice applies has also succeeded in proving the fault of the merchant or manufacturer for the purposes of s. 272 *C.P.A.*

In this case, R has discharged his burden of proving a sufficient nexus between the prohibited practices engaged in by T and TCM and his subscription contract with them. R subscribed to *Time* magazine after reading the documentation T and TCM had sent him, and the trial judge found that he would not have subscribed to the magazine had he not read the misleading documentation. As a result, the Document is deemed to have had a fraudulent effect on R's decision to subscribe to *Time* magazine. The conduct of T and TCM that is in issue constitutes a civil fault that triggers their extracontractual liability.

There is no reason to interfere with the trial judge's finding that the fault of T and TCM caused moral injuries to R or with her award of \$1,000 for those injuries. T and TCM have not shown that she erred in assessing the evidence or in applying the legal principles with regard either to their liability or to the quantum of damages.

Furthermore, consumers can be awarded punitive damages under s. 272 *C.P.A.* even if they are not

doit être susceptible d'influer sur le comportement adopté par le consommateur relativement à la formation, à la modification ou à l'exécution du contrat de consommation. Lorsque ces quatre éléments sont établis, le contrat formé, modifié ou exécuté constitue, en soi, un préjudice subi par le consommateur, et celui-ci peut demander l'une des mesures de réparation contractuelles prévues à l'art. 272 *L.p.c.*

Le recours en dommages-intérêts prévu à l'art. 272 *L.p.c.* est autonome par rapport aux mesures de réparation contractuelles prévues aux al. a) à f) de ce même article. Il doit néanmoins être exercé dans le respect du principe régissant l'intérêt juridique pour intenter une poursuite en vertu de l'art. 272, et demeure soumis aux règles générales du droit civil québécois. En outre, l'octroi de dommages-intérêts compensatoires en matière extracontractuelle est permis, car le dol commis au cours de la phase précontractuelle constitue une faute civile susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur. Dans la mesure où il est ouvert au consommateur, le recours en dommages-intérêts prévu à l'art. 272 *L.p.c.*, qu'il soit intenté sur une base contractuelle ou extracontractuelle, allège donc son fardeau de preuve au moyen d'une présomption absolue de préjudice découlant de toute illégalité commise par le commerçant ou le fabricant. Cette présomption dispense le consommateur de la nécessité de prouver l'intention de tromper du commerçant. Le consommateur qui bénéficie de la présomption irréfragable de préjudice aura également réussi à prouver la faute du commerçant ou du fabricant pour l'application de l'art. 272 *L.p.c.*

En l'espèce, R s'est déchargé de son fardeau de prouver l'existence d'un lien rationnel entre les pratiques interdites commises par T et TCM et le contrat d'abonnement l'unissant à ces dernières. R s'est abonné au magazine *Time* après avoir lu la documentation que T et TCM lui ont fait parvenir, et la juge de première instance a conclu qu'il ne se serait pas abonné s'il n'avait pas lu la documentation trompeuse. En conséquence, le Document est réputé avoir eu un effet dolosif sur la décision de R de s'abonner au magazine *Time*. Le comportement reproché à T et TCM constitue une faute civile entraînant leur responsabilité extracontractuelle.

Aucune raison ne justifie de réviser les conclusions de la juge de première instance selon lesquelles la faute de T et TCM a causé à R des dommages moraux évalués à 1 000 \$. T et TCM n'ont pas démontré que la juge avait erré dans son appréciation de la preuve ou dans l'application des principes juridiques, à l'égard tant de leur responsabilité que du quantum des dommages.

Le consommateur qui invoque l'art. 272 *L.p.c.* peut également obtenir des dommages-intérêts punitifs,

awarded contractual remedies or compensatory damages at the same time. Because s. 272 *C.P.A.* establishes no criteria or rules for awarding punitive damages, such damages must be awarded in accordance with art. 1621 *C.C.Q.* and must have a preventive objective, that is, to discourage the repetition of undesirable conduct. The award must also be consistent with the objectives of the *C.P.A.*, namely to restore the balance in the contractual relationship between merchants and consumers and to eliminate unfair and misleading practices. Violations by merchants or manufacturers that are intentional, malicious or vexatious, and conduct on their part in which they display ignorance, carelessness or serious negligence with respect to their obligations and consumers' rights under the *C.P.A.* may result in awards of punitive damages. However, before awarding such damages, the court must consider the whole of the merchant's conduct at the time of and after the violations.

An award of punitive damages was justified in this case, but the amount of \$100,000 awarded by the trial judge should be varied. Although the trial judge did not err in finding that T and TCM had sent many mailings in Quebec to a large number of consumers and that these promotional sweepstakes had enabled them to sell many new subscriptions, she did err in considering the *Charter of the French language* and the patrimonial situation of T and TCM when assessing the appropriate quantum of punitive damages. T and TCM had intentionally violated the *C.P.A.* in a calculated manner in this case, and that violation was capable of affecting a large number of consumers, whereas nothing in the evidence indicates that, after R complained, T and TCM took corrective action to make their advertising clear or consistent with the letter and spirit of the *C.P.A.* This is an aggravating factor. On the other hand, the impact on R of the fault committed by T and TCM remains quite limited, though, it is true, not negligible, and R's attitude contributed to the proportions this case has ultimately assumed. Nevertheless, the fact that the amount of the award of compensatory damages is small favours awarding a significant amount of punitive damages. An amount of \$15,000 suffices in the circumstances to fulfil the preventive purpose of punitive damages, underlines the gravity of the violations of the Act and sanctions the conduct of T and TCM in a manner that is serious enough to induce them to cease the prohibited practices in which they have been engaging, if they have not already done so.

même s'il ne lui a pas été accordé en même temps une réparation contractuelle ou des dommages-intérêts compensatoires. Parce que l'art. 272 *L.p.c.* n'établit aucun critère ou règle encadrant l'attribution de ces dommages-intérêts, ceux-ci seront octroyés en conformité avec l'art. 1621 *C.c.Q.*, dans un objectif de prévention pour décourager la répétition de comportements indésirables, et conformément aux objectifs de la *L.p.c.*, qui sont de rétablir l'équilibre dans les relations contractuelles entre commerçants et consommateurs et d'éliminer les pratiques déloyales et trompeuses. Les violations intentionnelles, malveillantes ou vexatoires, ainsi que la conduite marquée d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse de la part des commerçants ou fabricants à l'égard de leurs obligations et des droits du consommateur sous le régime de la *L.p.c.* peuvent entraîner l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Le tribunal doit toutefois étudier l'ensemble du comportement du commerçant lors de la violation et après celle-ci avant d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

En l'espèce, une condamnation à des dommages-intérêts punitifs se justifiait. Toutefois, il y a lieu de réviser le montant de 100 000 \$ retenu par la juge de première instance. Bien qu'elle ne se soit pas trompée en concluant que T et TCM avaient distribué un grand nombre d'envois postaux sur le territoire québécois à de nombreux consommateurs et que l'organisation de ces concours publicitaires leur permettait de vendre un grand nombre de nouveaux abonnements, la juge a commis une erreur en considérant, dans son évaluation du quantum approprié des dommages-intérêts punitifs, la *Charte de la langue française* ainsi que la situation patrimoniale de T et TCM. En l'espèce, T et TCM avaient commis une violation intentionnelle et calculée de la *L.p.c.* qui pouvait affecter un grand nombre de consommateurs, et rien dans la preuve n'indique que T et TCM ont pris des mesures correctives après la plainte de R afin de rendre leurs publicités claires ou conformes à la lettre et à l'esprit de la *L.p.c.* Cela constitue un facteur aggravant. Par contre, l'impact de la faute commise par T et TCM sur R demeure assez limité, même s'il n'est pas négligeable, et l'attitude de celui-ci n'est pas étrangère aux dimensions que ce litige a fini par prendre. Cependant, le caractère minime de la condamnation à des dommages-intérêts compensatoires milite en faveur de l'octroi d'un montant non négligeable de dommages-intérêts punitifs. Un montant de 15 000 \$ suffit dans les circonstances pour assurer la fonction préventive des dommages-intérêts punitifs, souligne la gravité des violations de la loi et sanctionne la conduite de T et TCM de manière assez sérieuse pour les inviter à abandonner les pratiques interdites qu'elles ont utilisées, si ce n'est pas déjà fait.

Costs in the Superior Court and the Court of Appeal will be taxed in accordance with the tariffs applicable in those courts. However, R will have his costs in the Supreme Court of Canada on a solicitor and client basis because of the importance of the issues of law he raised.

Cases Cited

Distinguished: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; **approved:** *Nichols v. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746; *Québec (Procureur général) v. Distribution Canovex Inc.*, [1996] J.Q. n° 5302 (QL); *Option Consommateurs v. Brick Warehouse, l.p.*, 2011 QCCS 569 (CanLII); *Tremblay v. Ameublements Tanguay inc.*, 2011 QCCS 3078 (CanLII); *Turgeon v. Germain Pelletier Ltée*, [2001] R.J.Q. 291; *Beauchamp v. Relais Toyota inc.*, [1995] R.J.Q. 741; *Lambert v. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.*, [1998] R.J.Q. 1740; **disapproved:** *Ata v. 9118-8169 Québec Inc.*, 2006 QCCS 3777, [2006] R.J.Q. 1883; *Lafontaine v. La Source d'eau Val-d'Or inc.*, 2001 CanLII 10566; *Jabraian v. Trévi Fabrication Inc.*, 2005 CanLII 10580; *Santangeli v. 154995 Canada Inc.*, 2005 CanLII 32103; *Martin v. Rénovations métropolitaines (Québec) ltée*, 2006 QCCQ 1760 (CanLII); *Darveau v. 9034-9770 Québec inc.*, 2005 CanLII 41136; **considered:** *Riendeau v. Brault & Martineau inc.*, 2007 QCCS 4603, [2007] R.J.Q. 2620, aff'd 2010 QCCA 366, [2010] R.J.Q. 507; **referred to:** *Prebushewski v. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 SCC 28, [2005] 1 S.C.R. 649; *R. v. Colgate-Palmolive Ltd.*, [1970] 1 C.C.C. 100; *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Clicquot Ltée*, 2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *R. v. Imperial Tobacco Products Ltd.*, [1971] 5 W.W.R. 409; *P.G. du Québec v. Louis Bédard Inc.*, 1986 CarswellQue 981; *Adams v. Amex Bank of Canada*, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2009 QCCS 2764 (CanLII); *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2009 QCCS 2743 (CanLII); *Chrysler Canada Ltée v. Poulin*, 1988 CanLII 1001; *A.C.E.F. Sud-Ouest de Montréal v. Arrangements alternatifs de crédit du Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 114; *Centre d'économie en chauffage Turcotte inc. v. Ferland*, [2003] J.Q. n° 18096 (QL); *9029-4596 Québec inc. v. Duplantie*, [1999] R.J.Q. 3059; *Boissonneault v. Banque de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2622; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option Consommateurs*, 2006

Les dépens seront taxés devant la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec conformément aux tarifs applicables devant ces tribunaux. Toutefois, des dépens sur la base avocat-client sont accordés à R devant la Cour suprême du Canada, en raison de l'importance des questions de droit qu'il a soulevées.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; **arrêts approuvés :** *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746; *Québec (Procureur général) c. Distribution Canovex Inc.*, [1996] J.Q. n° 5302 (QL); *Option Consommateurs c. Brick Warehouse, l.p.*, 2011 QCCS 569 (CanLII); *Tremblay c. Ameublements Tanguay inc.*, 2011 QCCS 3078 (CanLII); *Turgeon c. Germain Pelletier ltée*, [2001] R.J.Q. 291; *Beauchamp c. Relais Toyota inc.*, [1995] R.J.Q. 741; *Lambert c. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.*, [1998] R.J.Q. 1740; **arrêts désapprouvés :** *Ata c. 9118-8169 Québec Inc.*, 2006 QCCS 3777, [2006] R.J.Q. 1883; *Lafontaine c. La Source d'eau Val-d'Or inc.*, 2001 CanLII 10566; *Jabraian c. Trévi Fabrication Inc.*, 2005 CanLII 10580; *Santangeli c. 154995 Canada Inc.*, 2005 CanLII 32103; *Martin c. Rénovations métropolitaines (Québec) ltée*, 2006 QCCQ 1760 (CanLII); *Darveau c. 9034-9770 Québec inc.*, 2005 CanLII 41136; **arrêt examiné :** *Riendeau c. Brault & Martineau inc.*, 2007 QCCS 4603, [2007] R.J.Q. 2620, conf. par 2010 QCCA 366, [2010] R.J.Q. 507; **arrêts mentionnés :** *Prebushewski c. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 CSC 28, [2005] 1 R.C.S. 649; *R. c. Colgate-Palmolive Ltd.*, [1970] 1 C.C.C. 100; *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Clicquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *R. c. Imperial Tobacco Products Ltd.*, [1971] 5 W.W.R. 409; *P.G. du Québec c. Louis Bédard Inc.*, 1986 CarswellQue 981; *Adams c. Amex Bank of Canada*, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2009 QCCS 2764 (CanLII); *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2009 QCCS 2743 (CanLII); *Chrysler Canada Ltée c. Poulin*, 1988 CanLII 1001; *A.C.E.F. Sud-Ouest de Montréal c. Arrangements alternatifs de crédit du Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 114; *Centre d'économie en chauffage Turcotte inc. c. Ferland*, [2003] J.Q. n° 18096 (QL); *9029-4596 Québec inc. c. Duplantie*, [1999] R.J.Q. 3059; *Boissonneault c. Banque de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2622; *Service aux marchands détaillants ltée*

QCCA 1319 (CanLII); *Chartier v. Meubles Léon ltée*, 2003 CanLII 7749; *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, 1999 CanLII 13530; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Gastonguay v. Entreprises D. L. Paysagiste*, 2004 CanLII 31925; *Mathurin v. 3086-9069 Québec Inc.*, 2003 CanLII 19131; *Systèmes Techno-Pompes inc. v. Tremblay*, 2006 QCCA 987, [2006] R.J.Q. 1791; *Champagne v. Toitures Couture et Associés inc.*, [2002] R.J.Q. 2863; *Québec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Landry v. Quesnel*, [2002] R.J.Q. 80; *Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209; *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Fondation québécoise du cancer v. Patenaude*, 2006 QCCA 1554, [2007] R.R.A. 5; *Voltec ltée v. CJMF FM ltée*, [2002] R.R.A. 1078; *Procureur général du Québec v. Boisclair*, [2001] R.J.Q. 2449; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Lambert v. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information, R.S.Q., c. A-2.1, s. 167.

Act respecting prearranged funeral services and sepultures, R.S.Q., c. A-23.001, s. 56.

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1386, 1387, 1388, 1401, 1407, 1412, 1621, 1899, 1902, 1968.

Combines Investigation Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 52(4).

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 52(4).

Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 1(e), 2, 6.1, Title I, 8, 9, 54.1, Title II, 216, 217, 218, 219, 220 to 251, 228, 238, 253, Title IV, 261, 262, 271, 272, 277, 290, 310, 314, 316.

Consumer Protection Act, S.Q. 1971, c. 74.

Petroleum Products Act, R.S.Q., c. P-30.01, s. 67.

Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13.

Tree Protection Act, R.S.Q., c. P-37, s. 1.

(Household Finance) c. Option Consommateurs, 2006 QCCA 1319 (CanLII); *Chartier c. Meubles Léon ltée*, 2003 CanLII 7749; *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, 1999 CanLII 13530; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Gastonguay c. Entreprises D. L. Paysagiste*, 2004 CanLII 31925; *Mathurin c. 3086-9069 Québec Inc.*, 2003 CanLII 19131; *Systèmes Techno-Pompes inc. c. Tremblay*, 2006 QCCA 987, [2006] R.J.Q. 1791; *Champagne c. Toitures Couture et Associés inc.*, [2002] R.J.Q. 2863; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Landry c. Quesnel*, [2002] R.J.Q. 80; *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Fondation québécoise du cancer c. Patenaude*, 2006 QCCA 1554, [2007] R.R.A. 5; *Voltec ltée c. CJMF FM ltée*, [2002] R.R.A. 1078; *Procureur général du Québec c. Boisclair*, [2001] R.J.Q. 2449; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Lambert c. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17.

Lois et règlements cités

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1386, 1387, 1388, 1401, 1407, 1412, 1621, 1899, 1902, 1968.

Loi de la protection du consommateur, L.Q. 1971, ch. 74.

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 52(4).

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 167.

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 52(4).

Loi sur la protection des arbres, L.R.Q., ch. P-37, art. 1.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 1e), 2, 6.1, titre I, 8, 9, 54.1, titre II, 216, 217, 218, 219, 220 à 251, 228, 238, 253, titre IV, 261, 262, 271, 272, 277, 290, 310, 314, 316.

Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture, L.R.Q., ch. A-23.001, art. 56.

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13.

Loi sur les produits pétroliers, L.R.Q., ch. P-30.01, art. 67.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis. "Rapport général", dans *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1975, 3.
- Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
- Belobaba, Edward P. "Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection" (1977), 15 *Osgoode Hall L.J.* 327.
- Couture, Luc-André. "Rapport sur la protection du consommateur au niveau fédéral en droit pénal canadien", dans *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1975, 303.
- Dallaire, Claude. "La gestion d'une réclamation en dommages exemplaires: éléments essentiels à connaître quant à la nature et l'objectif de cette réparation, les éléments de procédure et de preuve incontournables ainsi que l'évaluation du quantum", dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2007)*. Montréal: Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2007, 71.
- Dumais, Claude-René. "Une étude des tenants et aboutissants des articles 271 et 272 de la Loi sur la protection du consommateur" (1985), 26 *C. de D.* 763.
- L'Heureux, Nicole. *Droit de la consommation*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.
- L'Heureux, Nicole. "L'interprétation de l'article 272 de la Loi sur la protection du consommateur" (1982), 42 *R. du B.* 455.
- L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit de la consommation*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
- Lebeau, Françoise. "La publicité et la protection des consommateurs" (1981), 41 *R. du B.* 1016.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.
- Masse, Claude. *Loi sur la protection du consommateur: analyse et commentaires*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.
- Nahmiash, Laurent. "Le recours collectif et la Loi sur la protection du consommateur: le dol éclairé et non préjudiciable — l'apparence de droit illusoire", dans *Développements récents sur les recours collectifs*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004, 75.
- Roy, Pauline. *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabi-*

Doctrine et autres documents cités

- Baudouin, Jean-Louis. « Rapport général », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs*. Paris : Dalloz, 1975, 3.
- Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.
- Belobaba, Edward P. « Unfair Trade Practices Legislation : Symbolism and Substance in Consumer Protection » (1977), 15 *Osgoode Hall L.J.* 327.
- Couture, Luc-André. « Rapport sur la protection du consommateur au niveau fédéral en droit pénal canadien », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs*. Paris : Dalloz, 1975, 303.
- Dallaire, Claude. « La gestion d'une réclamation en dommages exemplaires : éléments essentiels à connaître quant à la nature et l'objectif de cette réparation, les éléments de procédure et de preuve incontournables ainsi que l'évaluation du quantum », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2007)*. Montréal : Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2007, 71.
- Dumais, Claude-René. « Une étude des tenants et aboutissants des articles 271 et 272 de la Loi sur la protection du consommateur » (1985), 26 *C. de D.* 763.
- L'Heureux, Nicole. *Droit de la consommation*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.
- L'Heureux, Nicole. « L'interprétation de l'article 272 de la Loi sur la protection du consommateur » (1982), 42 *R. du B.* 455.
- L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit de la consommation*, 6^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2011.
- Lebeau, Françoise. « La publicité et la protection des consommateurs » (1981), 41 *R. du B.* 1016.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal : Thémis, 2006.
- Masse, Claude. *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.
- Nahmiash, Laurent. « Le recours collectif et la Loi sur la protection du consommateur : le dol éclairé et non préjudiciable — l'apparence de droit illusoire », dans *Développements récents sur les recours collectifs*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 75.
- Roy, Pauline. *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabi-*

lité civile, thèse de doctorat. Montréal: Université de Montréal, 1995.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Morin and Rochon J.J.A.), 2009 QCCA 2378, [2010] R.J.Q. 3, SOQUIJ AZ-50590237, [2009] J.Q. n° 15288 (QL), 2009 CarswellQue 12570, reversing a decision of Cohen J., 2007 QCCS 3390, [2007] R.J.Q. 2008, SOQUIJ AZ-50442262, [2007] Q.J. No. 7531 (QL), 2007 CarswellQue 6654. Appeal allowed in part.

Hubert Sibre, Annie Claude Beauchemin and Jean-Yves Fortin, for the appellant.

Pascale Cloutier and Fadi Amine, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL AND CROMWELL JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal arises out of an advertising campaign that undoubtedly did not turn out as intended. The central issues in the case are whether the respondents, by mailing a document entitled “Official Sweepstakes Notification” (the “Document”) to the appellant, engaged in a practice prohibited by the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1 (“C.P.A.”), and, if so, whether the appellant is entitled to punitive and compensatory damages under s. 272 C.P.A. To decide these issues, the Court must, *inter alia*, define the characteristics that are relevant to the determination of whether a commercial representation is false or misleading, as well as the conditions for exercising the recourses in damages provided for in s. 272 C.P.A.

[2] In concrete terms, the appellant is appealing a judgment in which the Quebec Court of Appeal denied his claim for damages on the basis that the content of the Document did not violate any of the provisions of the C.P.A. (2009 QCCA 2378, [2010]

lité civile, thèse de doctorat. Montréal : Université de Montréal, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Chamberland, Morin et Rochon), 2009 QCCA 2378, [2010] R.J.Q. 3, SOQUIJ AZ-50590237, [2009] J.Q. n° 15288 (QL), 2009 CarswellQue 12570, qui a infirmé une décision de la juge Cohen, 2007 QCCS 3390, [2007] R.J.Q. 2008, SOQUIJ AZ-50442262, [2007] Q.J. No. 7531 (QL), 2007 CarswellQue 6654. Pourvoi accueilli en partie.

Hubert Sibre, Annie Claude Beauchemin et Jean-Yves Fortin, pour l’appellant.

Pascale Cloutier et Fadi Amine, pour les intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le pourvoi résulte d’une campagne publicitaire qui, sans doute, n’a pas donné les résultats escomptés par ses auteurs. Au cœur du débat se trouvent les questions de savoir si les intimées, en postant à l’appellant un document intitulé [TRADUCTION] « Avis officiel du concours Sweepstakes » (le « Document »), se sont livrées à une pratique interdite par la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1 (« L.p.c. »), et, dans l’affirmative, si l’appellant a le droit d’obtenir des dommages-intérêts punitifs et compensatoires en vertu de l’art. 272 L.p.c. Pour statuer sur ces questions, la Cour devra notamment préciser les paramètres qui permettent d’évaluer le caractère faux ou trompeur d’une représentation commerciale ainsi que les conditions d’ouverture des recours en dommages-intérêts prévus à l’art. 272 L.p.c.

[2] Concrètement, l’appellant se pourvoit contre un jugement de la Cour d’appel du Québec qui a rejeté sa demande en dommages-intérêts au motif que le contenu du Document ne violait aucune prescription de la L.p.c. (2009 QCCA 2378, [2010] R.J.Q. 3).

R.J.Q. 3). The Court of Appeal's main reason for denying the claim was that the Document would not mislead a consumer [TRANSLATION] "with an average level of intelligence, scepticism and curiosity" (para. 50). In this Court, the appellant argues that the criteria used by the Court of Appeal to define the average consumer for the purposes of the *C.P.A.* undermine certain of the foundations of Quebec consumer law. He is therefore asking this Court to reject that definition, find that the Document is misleading and award him punitive damages equivalent to nearly \$1 million.

[3] For the reasons that follow, we agree with the appellant that the Document contains representations that contravene the *C.P.A.*'s provisions concerning prohibited business practices. We also agree with him that the Court of Appeal's definition of the "average consumer" is inconsistent with the objectives of the *C.P.A.* and must therefore be rejected. Finally, we would allow his claim for compensatory and punitive damages, but only in part.

II. Origin of the Case

[4] On August 26, 1999, the appellant, Jean-Marc Richard, found the Document in his mail. It was in English only and was in the form of a "letter" addressed to him and signed by Elizabeth Matthews, Director of Sweepstakes. Along the edge of the letter were various boxes printed in colour, some of which, because they referred to *Time* magazine, could lead the recipient to infer that it was from the respondents. The Document began with a sentence that immediately caught the reader's attention:

**OUR SWEEPSTAKES RESULTS ARE NOW FINAL:
MR JEAN MARC RICHARD HAS WON A CASH
PRIZE OF \$833,337.00!**

[5] However, a closer look at the Document reveals that this passage was part of a two-part sentence that read as follows:

La Cour d'appel a justifié le rejet de la demande en faisant principalement valoir que le Document ne serait pas de nature à tromper le consommateur « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » (par. 50). Devant notre Cour, l'appelant prétend que les critères utilisés par la Cour d'appel pour définir le consommateur moyen visé par la *L.p.c.* ébranlent certaines assises du droit québécois de la consommation. Il invite donc notre Cour à rejeter cette définition, à conclure au caractère trompeur du Document et à lui accorder l'équivalent de près d'un million de dollars en dommages-intérêts punitifs.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'accord avec l'appelant que le Document contient des représentations qui contreviennent aux prescriptions de la *L.p.c.* sur les pratiques de commerce interdites. Nous partageons également son opinion que la définition du « consommateur moyen » retenue par la Cour d'appel n'est pas conforme aux objectifs poursuivis par la *L.p.c.* et, conséquemment, qu'elle doit être rejetée. Enfin, nous proposons d'accueillir, pour partie seulement, sa demande de dommages-intérêts compensatoires et de dommages-intérêts punitifs.

II. Origine du litige

[4] Le 26 août 1999, l'appelant, M. Jean-Marc Richard, a récupéré le Document dans son courrier. Rédigé exclusivement en anglais, le Document se présente sous la forme d'une « lettre » adressée à l'appelant. La lettre, signée par la directrice du programme « *Sweepstakes* », M^{me} Elizabeth Matthews, est bordée de différents encadrés imprimés en couleurs dont certains, en raison de leurs références au magazine *Time*, permettent à son destinataire de déduire qu'elle émane des intimées. Le Document s'ouvre sur une phrase qui attire aussitôt l'attention du lecteur :

**[TRANSLATION] NOUS AVONS MAINTENANT LES
RÉSULTATS FINALS DU CONCOURS : M. JEAN
MARC RICHARD A GAGNÉ LA SOMME DE 833 337 \$
EN ARGENT COMPTANT!**

[5] En regardant le Document de plus près, on constate cependant que cet extrait s'insère dans une phrase à deux volets, rédigée ainsi :

If you have and return the Grand Prize winning entry in time and correctly answer a skill-testing question, we will officially announce that

OUR SWEEPSTAKES RESULTS ARE NOW FINAL: MR JEAN MARC RICHARD HAS WON A CASH PRIZE OF \$833,337.00!

[6] This opening sentence clearly illustrates the technique used in the writing and layout of the Document: several exclamatory sentences in bold uppercase letters, whose purpose was to catch the reader's attention by suggesting that he or she had won a large cash prize, were combined with conditional clauses in smaller print, some of which began with the words "If you have and return the Grand Prize winning entry in time". For example, the Document identified the appellant as one of the latest sweepstakes winners and stated in large print that payment of his cash prize had been authorized. However, the heading "**LATEST CASH PRIZE WINNERS**", under which the appellant's name appeared, was preceded by the following sentence in small letters: "If you have and return the Grand Prize winning entry in time, our new list of major cash prize winners will read as follows".

[7] This same writing technique was used elsewhere in the letter, as several prominent sentences intended to boost the recipient's enthusiasm were combined with inconspicuous conditional clauses. It will be helpful to reproduce some passages from the Document to better illustrate the specific features of this technique:

If you have and return the Grand Prize winning entry in time and correctly answer a skill-testing question, we'll confirm that

WE ARE NOW AUTHORIZED TO PAY \$833,337.00 IN CASH TO MR JEAN MARC RICHARD!

[TRADUCTION] *Si vous détenez le coupon de participation gagnant du Gros Lot et le retournez à temps, et si vous répondez correctement à une question de connaissances générales, nous annoncerons officiellement que*

NOUS AVONS MAINTENANT LES RÉSULTATS FINALS DU CONCOURS : M. JEAN MARC RICHARD A GAGNÉ LA SOMME DE 833 337 \$ EN ARGENT COMPTANT!

[6] Cette phrase d'ouverture illustre bien le mode de rédaction et de présentation du Document. Celui-ci a été conçu de façon à combiner plusieurs phrases écrites en majuscules et caractères gras rédigées sous forme exclamative, dont l'objectif est de capter l'attention du lecteur en lui suggérant qu'il est le gagnant d'un important prix en argent, à des phrases imprimées en plus petits caractères rédigées sous forme conditionnelle, dont plusieurs débutent par les mots [TRADUCTION] « Si vous détenez le coupon de participation gagnant du Gros Lot et le retournez à temps ». À titre d'exemple, le Document mentionne l'appellant parmi les plus récents gagnants du programme « *Sweepstakes* » et indique en grosses lettres que le paiement de son prix en argent a été autorisé. Toutefois, l'inscription [TRADUCTION] « **DERNIERS GAGNANTS D'UN PRIX EN ARGENT** », sous laquelle figure le nom de l'appellant, est précédée de la phrase suivante rédigée en petits caractères : [TRADUCTION] « Si vous détenez le coupon de participation gagnant du Gros Lot et le retournez à temps, voici quelle sera notre nouvelle liste de gagnants de gros prix en argent ».

[7] Suivant le même procédé de rédaction, la lettre allie bon nombre de phrases prédominantes destinées à accroître l'enthousiasme de son destinataire à des phrases discrètes rédigées sous forme conditionnelle. Il est utile ici de reproduire quelques extraits du Document pour illustrer davantage les traits particuliers de ce mode de rédaction :

[TRADUCTION] *Si vous détenez le coupon de participation gagnant du Gros Lot et le retournez à temps, et si vous répondez correctement à une question de connaissances générales, nous confirmerons que*

NOUS AVONS EU L'AUTORISATION DE REMETTRE À M. JEAN MARC RICHARD LA SOMME DE 833 337 \$ EN ARGENT COMPTANT!

... And now that we've been authorized to pay the prize money, the very next time you hear from us if you win, it will be to inform you that

A BANK CHEQUE FOR \$833,337.00 IS ON ITS WAY TO — ST!

. . .

... The truth is, if you hold the Grand Prize winning number,

YOU WILL FORFEIT THE ENTIRE \$833,337.00 IF YOU FAIL TO RESPOND TO THIS NOTICE!

[8] Along with these many references to the "Grand Prize winning entry", the Document assigned the appellant a "Prize Claim Number" that was to be used for identification purposes when the entries were validated. In addition, the back side of the letter informed the appellant that he would qualify for a \$100,000 bonus prize if he validated his entry within five days. It then referred to various benefits the appellant could have if he decided to subscribe to *Time* magazine at the same time as he validated his entry. All this information was set out as follows in the Document:

YOU'LL QUALIFY FOR A \$100,000.00 BONUS IF YOU RESPOND WITHIN 5 DAYS!

. . .

YOU'LL RECEIVE A FREE GIFT: THE ULTRONIC™ PANORAMIC CAMERA & PHOTO ALBUM SET!

. . .

YOU'LL ALSO RECEIVE TIME AT UP TO 74% SAVINGS!

. . .

... And if you hold the Grand Prize winning entry,

... Et puisque nous avons eu l'autorisation de remettre le Gros Lot au gagnant, la prochaine fois que nous communiquerons avec vous si vous gagnez, ce sera pour vous aviser que

UN CHÈQUE BANCAIRE DE 833 337 \$ A ÉTÉ EXPÉDIÉ AU [X, RUE X]!

. . .

... La vérité est que, si vous avez le numéro gagnant du Gros Lot,

VOUS RENONCEREZ À TOUCHER LA SOMME DE 833 337 \$ SI VOUS NE RÉPONDEZ PAS AU PRÉSENT AVIS!

[8] Parallèlement à ces mentions multiples du [TRADUCTION] « coupon de participation gagnant du Gros Lot », le Document attribue à l'appelant un [TRADUCTION] « numéro de réclamation du prix » qui doit servir à des fins d'identification au stade de la validation des inscriptions. Au verso, la lettre indique d'ailleurs à l'appelant qu'il sera admissible à un prix additionnel de 100 000 \$ s'il valide son inscription à l'intérieur d'un délai de cinq jours. Elle mentionne ensuite divers bénéfices dont l'appelant pourrait jouir s'il décidait, tout en validant son inscription, de s'abonner au magazine *Time*. Toutes ces informations sont présentées de la manière suivante dans le Document :

[TRADUCTION] VOUS SEREZ ADMISSIBLE À UN PRIX ADDITIONNEL DE 100 000 \$ SI VOUS RÉPONDEZ DANS LES 5 PROCHAINS JOURS!

. . .

VOUS RECEVREZ EN CADEAU UNE CAMÉRA PANORAMIQUE ULTRONIC™ ACCOMPAGNÉE D'UN ALBUM PHOTOS!

. . .

VOUS RECEVREZ AUSSI LE MAGAZINE TIME EN BÉNÉFICIAINT D'UN RABAIS ALLANT JUSQU'À 74 %!

. . .

... Et si vous détenez le billet gagnant du Gros Lot,

A BANK CHEQUE FOR \$833,337.00 IN CASH WILL BE SENT TO YOU VIA CERTIFIED MAIL — IF YOU RESPOND NOW!

[9] To show more clearly what the Document looked like, we have reproduced it in its entirety in an appendix to these reasons. For now, suffice it to say that the Document's visual content and writing style are central to the issue of whether the mailing of the Document constitutes a prohibited practice within the meaning of the *C.P.A.*

[10] In addition to the Document, the mailing received by the appellant contained a reply coupon entitled "Official Entry Certificate" and a return envelope on which the official rules of the sweepstakes appeared in small print. The reply coupon also offered the appellant the possibility of subscribing to *Time* magazine for a period ranging from seven months to two years. As well, the official rules stated that a winning number had been pre-selected by computer and that the holder of that number could receive the grand prize only if the reply coupon was returned by the deadline. If the holder of the pre-selected winning number did not return the reply coupon, the rules explained, the grand prize winner would be selected by random drawing among all eligible entries, that is, everyone who had returned the reply coupon, and each participant's odds of winning would then be 1:120 million.

[11] The appellant testified that he had carefully read the Document twice the day he received it and had concluded that he had just won US\$833,337. The next day, he took the Document to work to ask a vice-president of the company he worked for, whose first language was English, whether he had understood the Document correctly. The vice-president agreed that the appellant had just won the grand prize referred to in the Document. Convinced that he was about to receive the promised amount, the appellant immediately returned the reply coupon that was in the envelope. In doing so, he also subscribed to *Time* magazine for two years, and this entitled him to receive a free camera

UN CHÈQUE BANCAIRE DE 833 337 \$ VOUS SERA EXPÉDIÉ PAR COURRIER RECOMMANDÉ — SI VOUS RÉPONDEZ MAINTENANT!

[9] Pour une meilleure compréhension de la facture visuelle du Document, nous renvoyons le lecteur à sa version intégrale qui est reproduite en annexe aux présents motifs. Dans l'immédiat, il suffit de mentionner que la teneur visuelle et le style de rédaction du Document jouent un rôle critique lorsqu'il s'agit de décider si l'envoi du Document constitue une pratique interdite au sens de la *L.p.c.*

[10] Outre le Document, l'envoi postal qu'a reçu l'appelant contenait un coupon-réponse intitulé [TRADUCTION] « Certificat officiel de participation » ainsi qu'une enveloppe de retour sur laquelle les règles officielles du concours étaient imprimées en petits caractères. Le coupon-réponse offrait également à l'appelant la possibilité de s'abonner au magazine *Time* pour une période variant de sept mois à deux ans. Par ailleurs, les règles officielles indiquaient qu'un numéro gagnant (« *winning number* ») avait été présélectionné par ordinateur et que son détenteur ne pourrait toucher le gros lot que s'il retournait le coupon-réponse dans le délai fixé. Les règles indiquaient que, dans l'éventualité où le détenteur du numéro gagnant présélectionné ne retournerait pas le coupon-réponse, le gros lot serait tiré aléatoirement parmi toutes les personnes ayant retourné le coupon-réponse (« *all eligible entries* ») et que chaque participant aurait alors une chance de gagner sur 120 millions.

[11] Selon son témoignage, le jour où il l'a reçu, l'appelant a lu attentivement le Document à deux reprises, au terme desquelles il est venu à la conclusion qu'il venait de gagner la somme de 833 337 \$US. Le lendemain, il a apporté le Document à son lieu de travail afin qu'un vice-président de l'entreprise qui l'emploie dont la langue maternelle est l'anglais puisse confirmer ou infirmer la signification qu'il lui attribuait. Cet interlocuteur s'est dit pareillement d'avis que l'appelant venait de gagner le gros lot mentionné dans le Document. Convaincu qu'il était sur le point de toucher la somme promise, l'appelant a aussitôt retourné le coupon-réponse se trouvant à l'intérieur de l'enveloppe. Ce faisant, il s'est abonné

and photo album, as was indicated on the back of the Document.

[12] The appellant received the camera and photo album a short time later. He also began regularly receiving issues of the magazine. However, the cheque he was expecting was a long time coming. Believing that he had been patient enough, he decided to call Elizabeth Matthews at Time Inc. to inquire about the processing of his cheque. After leaving a few messages to which he received no reply, the appellant was finally able to speak with a representative of the marketing department of the respondent Time Inc. in New York. He then learned that he would not be receiving a cheque, because the Document mailed to him had not contained the winning entry for the draw. During the telephone conversation, Time Inc.'s representative told the appellant that the Document was merely an invitation to participate in a sweepstakes. The appellant was also informed that Elizabeth Matthews did not exist; the name was merely a "pen name" used by the respondents in their advertising material.

[13] The appellant replied that the Document clearly announced that he was the prize winner. His protests got him nowhere. The respondents flatly refused to pay him the amount he was claiming.

[14] On September 29, 2000, the appellant filed a motion to institute proceedings. He first asked the Quebec Superior Court to declare him to be the winner of the cash prize mentioned in the Document. He argued that the Document was an offer to contract within the meaning of art. 1388 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"), and that he had accepted the offer by returning the reply coupon. He accordingly asked the court to order the respondents to provide him with the skill-testing question and pay him the grand prize amount. In the alternative, he asked the court to order the respondents to pay compensatory and punitive damages corresponding to the value of the grand prize (A.R., vol. I, at p. 53).

pour deux ans au magazine *Time*. Cet abonnement lui donnait aussi le droit de recevoir gratuitement une caméra ainsi qu'un album photos, comme cela était indiqué au verso du Document.

[12] Peu de temps après, l'appelant a reçu la caméra et l'album photos. Il a également commencé à recevoir les numéros du magazine à intervalles réguliers. Cependant, le chèque espéré se faisait attendre. Jugeant qu'il avait été suffisamment patient, il décida d'appeler Elizabeth Matthews chez Time Inc. afin de s'enquérir du traitement de son chèque. Après avoir laissé quelques messages qui sont restés sans réponse, l'appelant a finalement réussi à parler avec un représentant du service du marketing chez l'intimée Time Inc. à New York. Il apprit alors qu'il ne recevrait aucun chèque puisque le document qui lui avait été transmis par la poste ne portait pas le numéro gagnant du tirage. Lors de la conversation téléphonique, le représentant de Time Inc. informa l'appelant que le Document ne constituait qu'une simple invitation à participer à un concours. L'appelant a également été informé qu'Elizabeth Matthews n'existait pas; il s'agissait plutôt d'un « nom de plume » utilisé par les intimées dans leur matériel publicitaire.

[13] L'appelant a répondu que le Document annonçait clairement qu'il était le gagnant du lot mentionné. Ses protestations ne donnèrent rien. Les intimées refusèrent fermement de lui payer la somme réclamée.

[14] Le 29 septembre 2000, l'appelant a déposé une requête introductive d'instance. Il demandait d'abord à la Cour supérieure du Québec de le déclarer gagnant du prix en argent mentionné dans le Document. Il plaidait que celui-ci constituait une offre de contracter au sens de l'art. 1388 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), offre qu'il avait acceptée en retournant le coupon-réponse. En conséquence, l'appelant a demandé à la Cour supérieure d'ordonner aux intimées de lui fournir la question de connaissances générales et de lui verser le montant du gros lot. À titre subsidiaire, l'appelant a demandé à la Cour supérieure de condamner les intimées à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs correspondant à la valeur du gros lot (d.a., vol. I, p. 53).

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (2007 QCCS 3390, [2007] R.J.Q. 2008, Cohen J.)*

[15] Cohen J. began by considering the contractual portion of the claim. She found that the parties had not entered into a contract and accordingly refused to order payment of the prize claimed by the appellant.

[16] Cohen J. then considered the appellant's claim for damages, which was based on alleged violations of the *C.P.A.* She held that the convoluted style of the offer contravened Title II of the *C.P.A.* on prohibited business practices. She wrote the following:

The very same “conditional” wording which enabled Time to avoid the argument that a contract was formed or that it undertook unconditionally to pay \$833,337 to Mr. Richard, illustrates the contention that this document was *specifically* designed to mislead the recipient, that it contains misleading and even false representations, contrary to the clear wording of article 219 of the *Consumer Protection Act* [Emphasis in original; para. 34.]

[17] Cohen J. reached this conclusion on the basis of the general impression conveyed by the Document. Referring to s. 218 *C.P.A.*, she stated that the Document gave the general impression that the appellant had won the grand prize. In her view, the general design of the Document thus amounted to a false or misleading representation within the meaning of s. 219 *C.P.A.*

[18] Cohen J. added that the Document contained two false representations. First, its signer, Elizabeth Matthews, did not exist, so she could not have “certified” the content of the Document, contrary to what was stated. That fiction was in clear contravention of ss. 219 and 238 *C.P.A.*, since it gave an imaginary person a particular status or identity (para. 38). Next, the fact that the appellant might not be the grand prize winner had been withheld from him by the respondents or, at the very least, had been “buried in a sea of text” with the expectation

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (2007 QCCS 3390, [2007] R.J.Q. 2008, la juge Cohen)*

[15] La juge Cohen a d'abord analysé le volet contractuel de la réclamation. À cet égard, elle a conclu qu'aucun contrat n'était intervenu entre les parties. Elle a donc refusé d'ordonner le paiement du prix réclamé par l'appellant.

[16] La juge Cohen a ensuite analysé la réclamation de dommages-intérêts de l'appellant, fondée sur des violations alléguées de la *L.p.c.* À cet égard, elle a jugé que la rédaction alambiquée de l'offre contrevenait aux prescriptions du titre II de la *L.p.c.* portant sur les pratiques interdites de commerce. Elle a écrit :

[TRADUCTION] Le même emploi de la forme « conditionnelle », qui a permis à Time d'échapper à l'argument qu'un contrat était intervenu ou qu'elle s'était engagée à verser à M. Richard, sans condition, la somme de 833 337 \$, illustre bien la prétention que ce document a été conçu *expressément* de manière à tromper son destinataire, qu'il contient des représentations trompeuses ou même fausses, et ce, en contravention du texte explicite de l'article 219 de la *Loi sur la protection du consommateur* . . . [En italique dans l'original; par. 34.]

[17] La juge Cohen a tiré cette conclusion sur la base de l'impression générale laissée par le Document. Se référant à l'art. 218 *L.p.c.*, elle a affirmé que le Document donnait l'impression générale que l'appellant avait gagné le gros lot. À son avis, la facture générale du Document constituait donc une représentation fautive ou trompeuse au sens de l'art. 219 *L.p.c.*

[18] La juge Cohen a ajouté que le Document contenait deux fausses représentations. D'abord, sa signataire, M^{me} Elizabeth Matthews, n'existait pas; elle n'avait donc pas pu « certifier » le contenu du Document, contrairement à ce qu'il indiquait. Cette fiction contrevenait clairement aux art. 219 et 238 *L.p.c.*, puisqu'elle conférait à une personne imaginaire un statut ou une identité particulière (par. 38). Ensuite, les intimées n'avaient pas dévoilé à l'appellant qu'il se pouvait qu'il ne soit pas le gagnant du gros lot ou, à tout le moins, cette information était

that his enthusiasm would induce him to subscribe to *Time* magazine (para. 39). In Cohen J.'s opinion, the failure to reveal such an important fact was contrary to s. 228 *C.P.A.* She summed up her view on the presence of false or misleading information in the Document as follows: "It is patently obvious to any reader that the mailing from Time was not only false and incomplete, it was specifically designed to be misleading, both in the words chosen, the size of the conditions or disclaimers and their ambiguity, especially to a person who is not reading in his or her mother tongue" (para. 40).

[19] Cohen J. added that she did not need to determine whether the appellant had actually been misled by the content of the Document (para. 49). To hold that a commercial representation is a practice prohibited by the *C.P.A.*, it is sufficient for a court to find that the average consumer, that is, one who is credulous and inexperienced, could be misled:

There can be no doubt here that the unsolicited publicity sent to Mr. Richard indeed had the capacity to mislead if viewed through the eyes of the average, inexperienced French-speaking consumer in Quebec. In any event, the testimony of Mr. Richard made it clear that he would never have read the subscription portion of the document had the misleading representations not been present, making it obvious that his paid subscription to *Time Magazine* was a direct result of these misleading representations in the present case. [para. 49]

[20] According to Cohen J., the respondents' advertising strategy, as revealed by the content of the Document, involved the use of practices prohibited by Title II of the *C.P.A.* As a result, the civil sanctions provided for in s. 272 *C.P.A.* were available.

[21] Relying on the principles adopted by the Quebec Court of Appeal in *Nichols v. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746, Cohen J. stated that, in certain circumstances, punitive damages can be awarded under s. 272 *C.P.A.* in the absence of prejudice to the consumer, that is,

[TRADUCTION] « submergée dans une mer de renseignements » de façon à miser sur son enthousiasme afin de l'inciter à s'abonner au magazine *Time* (par. 39). Selon la juge, l'omission de dévoiler un fait aussi important contrevenait à l'art. 228 *L.p.c.* La juge Cohen a résumé ainsi sa pensée concernant la présence d'informations fausses ou trompeuses dans le Document : [TRADUCTION] « Il saute aux yeux de tout lecteur que l'envoi postal de Time était non seulement faux et incomplet, mais qu'il avait aussi été expressément conçu de manière à tromper le lecteur — et particulièrement celui dont la langue maternelle n'est pas celle de l'envoi —, tant par son libellé que par la taille et l'ambiguïté des conditions ou avertissements » (par. 40).

[19] La juge Cohen a ajouté qu'elle n'avait pas à déterminer si le contenu du Document avait bel et bien trompé l'appelant (par. 49). Pour conclure qu'une représentation commerciale constituait une pratique interdite par la *L.p.c.*, il suffisait que le tribunal constate que le consommateur moyen, c'est-à-dire un consommateur crédule et inexpérimenté, pouvait être induit en erreur :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la publicité non sollicitée envoyée à M. Richard pouvait effectivement s'avérer trompeuse aux yeux du consommateur québécois francophone moyen et inexpérimenté. Quoi qu'il en soit, il ressort clairement du témoignage de M. Richard qu'il n'aurait jamais lu la partie du document portant sur l'abonnement n'eût été la présence des représentations trompeuses, ce qui démontre de façon évidente que sa décision de s'abonner au magazine *Time* est directement imputable à ces représentations trompeuses. [par. 49]

[20] Selon la juge Cohen, la stratégie publicitaire des intimées, telle que révélée par le contenu du Document, s'est traduite par la commission de pratiques interdites au titre II de la *L.p.c.* Ces faits donnaient ouverture aux sanctions civiles prévues à l'art. 272 *L.p.c.*

[21] S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec découlant de l'arrêt *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746, la juge Cohen a affirmé que l'art. 272 *L.p.c.* permettait, en certaines circonstances, d'accorder des dommages-intérêts punitifs en l'absence de

even if compensatory damages are not awarded at the same time (para. 55). In any event, she found that the evidence in the record showed that the appellant had suffered moral injuries — difficulty sleeping and embarrassment in his relations with the people around him — as a result of the respondents' refusal to pay him the grand prize (para. 57). Cohen J. set the value of those moral injuries at \$1,000.

[22] Next, Cohen J. stated that it was appropriate in this case to award the appellant punitive damages in addition to the compensatory damages. On the issue of the quantum of punitive damages, she added that art. 1621 *C.C.Q.* required the court to consider all the circumstances, including the debtor's patrimonial situation and the gravity of the debtor's fault. In discussing the gravity of the fault, Cohen J. held that the respondents had failed to fulfil the obligations imposed on them by the *C.P.A.* by sending "thousands of these false and misleading mailings to francophone consumers in Quebec" (para. 59). She added that the respondents had also violated the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, by sending the appellant advertising material in English only (para. 64). In her view, such a violation of the *Charter of the French language* could be taken into consideration in assessing the quantum of punitive damages awarded under s. 272 *C.P.A.* (para. 66).

[23] Furthermore, Cohen J. stated that the sweepstakes advertising method was quite lucrative for the respondents. She noted that, although the quantum of punitive damages should not convey the impression that the court in this case was using those damages to indirectly uphold the contractual portion of the appellant's claim, the quantum nonetheless had to reflect the deterrent function of such damages and take the respondents' patrimonial situation into account. Exercising her judicial discretion, she fixed the quantum of the punitive damages awarded to the appellant at \$100,000, which corresponded to the value of the "Bonus" prize to

préjudice subi par le consommateur, c'est-à-dire sans que le tribunal n'octroie concurremment des dommages-intérêts compensatoires (par. 55). Quoi qu'il en soit, elle a néanmoins estimé que la preuve au dossier démontrait que l'appellant avait subi des dommages moraux — troubles de sommeil et embarras auprès de son entourage — à la suite du refus des intimées de lui verser le gros lot (par. 57). La juge Cohen a fixé à 1 000 \$ la valeur des dommages moraux subis par l'appellant.

[22] La juge Cohen a ensuite affirmé qu'il était opportun dans le présent dossier d'accorder des dommages-intérêts punitifs à l'appellant en sus des dommages-intérêts compensatoires. Abordant la question du quantum des dommages-intérêts punitifs, elle a ajouté que l'art. 1621 *C.c.Q.* prescrivait au tribunal de considérer l'ensemble des circonstances, y compris la situation patrimoniale du débiteur et la gravité de la faute commise. À l'égard de ce dernier aspect, la juge Cohen a décidé que les intimées avaient violé les obligations que leur imposait la *L.p.c.* en envoyant [TRADUCTION] « des milliers d'envois postaux faux et trompeurs à des consommateurs francophones au Québec » (par. 59). Elle a aussi mentionné que les intimées avaient également violé les dispositions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, en faisant parvenir à l'appellant du matériel publicitaire en langue anglaise seulement (par. 64). À son avis, une telle contravention à la *Charte de la langue française* pouvait être prise en considération dans l'évaluation du quantum des dommages-intérêts punitifs octroyés en vertu de l'art. 272 *L.p.c.* (par. 66).

[23] Par ailleurs, la juge Cohen a affirmé que la méthode publicitaire du programme « *Sweepstakes* » était fort lucrative pour les intimées. Tout en mentionnant que le quantum des dommages-intérêts punitifs ne devait pas, en l'espèce, donner l'impression que le tribunal utilisait ce type de dommages-intérêts pour accueillir indirectement le volet contractuel de la réclamation de l'appellant, elle a rappelé qu'il devait néanmoins refléter leur fonction dissuasive eu égard à la situation patrimoniale des intimées. Exerçant sa discrétion judiciaire, la juge Cohen a fixé à 100 000 \$ le quantum des dommages-intérêts punitifs octroyés

which the appellant would have been entitled if he had had the winning entry and returned the reply coupon within five days.

[24] Cohen J. further ordered, again exercising her judicial discretion, that the costs awarded to the appellant be calculated on the basis of the value of the action “as instituted”, namely \$1,250,887.10, thus enabling the appellant to be reimbursed a portion of his judicial and extrajudicial costs, including the fees paid to his attorneys (para. 73).

B. *Quebec Court of Appeal (2009 QCCA 2378, [2010] R.J.Q. 3, Chamberland, Morin and Rochon JJ.A.)*

[25] Both parties appealed the Superior Court’s decision. The Quebec Court of Appeal, in reasons written by Chamberland J.A., allowed the respondents’ appeal and dismissed the incidental appeal. It thus dismissed the appellant’s recourse in damages in its entirety, but without costs because of the nature of the case and the novelty of the issues (para. 53).

[26] The Court of Appeal began by dismissing the appellant’s incidental appeal with respect to the payment of the prize. That conclusion is no longer being challenged. The principal issue concerned the award of compensatory and punitive damages against the respondents.

[27] The Court of Appeal held, contrary to the respondents’ argument, that the *C.P.A.* was applicable in this case. Chamberland J.A. pointed out that s. 217 *C.P.A.* clearly states that the fact that a prohibited practice has been used is not subordinate to whether or not a contract has been made (para. 25). He added that in any event, the parties had in fact formed a contractual relationship by means of the offer to participate in a sweepstakes and the acceptance of that offer in the form of the return of the reply coupon (para. 26).

à l’appelant. Ce montant correspond à la valeur du « prix additionnel » auquel l’appelant aurait eu droit s’il avait détenu le numéro gagnant et retourné le coupon-réponse à l’intérieur d’un délai de cinq jours.

[24] Toujours dans l’exercice de sa discrétion judiciaire, la juge Cohen a ordonné que les dépens accordés à l’appelant soient calculés sur la base de la valeur de l’action [TRADUCTION] « telle qu’elle a été introduite », soit la somme de 1 250 887,10 \$. Cette conclusion voulait permettre à l’appelant d’être remboursé d’une partie de ses déboursés judiciaires et extrajudiciaires, y compris les honoraires versés à ses procureurs (par. 73).

B. *Cour d’appel du Québec (2009 QCCA 2378, [2010] R.J.Q. 3, les juges Chamberland, Morin et Rochon)*

[25] Les deux parties ont formé appel du jugement de la Cour supérieure. La Cour d’appel du Québec, dans une opinion rédigée par le juge Chamberland, a accueilli l’appel principal formé par les intimées et rejeté l’appel incident. La Cour d’appel a ainsi rejeté en totalité le recours en dommages-intérêts intenté par l’appelant, mais sans frais compte tenu de la nature du débat et de la nouveauté des questions en litige (par. 53).

[26] La Cour d’appel a d’abord rejeté le pourvoi incident de l’appelant quant au paiement du prix. Cette conclusion n’est plus remise en cause. Le débat principal a porté sur la condamnation des intimées à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs.

[27] La Cour d’appel a décidé que la *L.p.c.* était applicable en l’espèce, contrairement aux prétentions des intimées. Le juge Chamberland a souligné que l’art. 217 *L.p.c.* indique clairement que la commission d’une pratique interdite n’est pas subordonnée à la conclusion d’un contrat (par. 25). Le juge Chamberland a ajouté qu’à tout événement, une relation contractuelle s’était bien formée entre les parties, par l’offre de participer à un concours et par son acceptation par le renvoi du coupon-réponse (par. 26).

[28] Following those initial findings, the Court of Appeal concluded that the respondents had not violated the *C.P.A.* First, in its view, the respondents had not violated s. 228 *C.P.A.* by failing to indicate clearly in the Document that the appellant might not be the grand prize winner (para. 28).

[29] Next, the Court of Appeal held that using the name of a fictitious person, Elizabeth Matthews, as the signer of the Document did not contravene s. 238(c) *C.P.A.* The use of a “pen name” did not on its own have the potential to mislead consumers about the merchant’s identity and was simply intended to [TRANSLATION] “personalize” the mailings (para. 29).

[30] Finally, Chamberland J.A. disagreed with Cohen J.’s view that the Document contained false or misleading representations contrary to s. 219 *C.P.A.* The Court of Appeal stated that it could not conclude that the Document might give the average Quebec consumer the general impression that the recipient was the grand prize winner (paras. 49-50). The court was not even critical of the respondents’ conduct:

[TRANSLATION] With respect, I see eye-catching text in the documentation sent to the [appellant], but I do not see any misleading, underhanded or deceitful statements. I even suspect that the [appellant], a well-informed businessman who worked locally and internationally in both French and English, understood the sweepstakes and his chances of winning perfectly well from the very start. [para. 51]

[31] According to the Court of Appeal, there were no false or misleading representations in the Document. Although the court seemed to acknowledge that the Document’s eye-catching headings might initially convey the impression that the appellant had just won the grand prize, it expressed the view that a careful reading of the Document was sufficient to dispel that impression. It is, in a word, up to consumers to be suspicious of advertisements that seem too good to be true. For these reasons, the Court of Appeal set aside the award of compensatory and punitive damages against the respondents.

[28] Après ces premières constatations, la Cour d’appel a conclu que les intimées n’avaient pas violé la *L.p.c.* D’abord, à son avis, les intimées n’avaient pas violé l’art. 228 *L.p.c.* en omettant d’écrire clairement sur le Document que l’appellant pouvait ne pas être le gagnant du gros lot (par. 28).

[29] Ensuite, la Cour d’appel a décidé que l’utilisation du nom d’une personne fictive, en l’occurrence Elizabeth Matthews, comme signataire du Document ne violait pas l’al. 238c) *L.p.c.* En l’espèce, la seule utilisation d’un « nom de plume » n’était pas susceptible de tromper les consommateurs sur l’identité du commerçant, mais ne visait qu’à « personnaliser » les envois postaux (par. 29).

[30] Finalement, le juge Chamberland a exprimé son désaccord avec l’opinion de la juge Cohen selon laquelle le Document contenait des représentations fausses ou trompeuses, contrairement aux prescriptions de l’art. 219 *L.p.c.* La Cour d’appel se disait incapable de conclure que le Document était susceptible de laisser, chez le consommateur québécois moyen, l’impression générale que le destinataire était le gagnant du gros lot mentionné (par. 49-50). La cour ne se montrait même pas critique à l’égard du comportement des intimées :

Avec égards pour l’opinion contraire, je vois dans la documentation transmise à l’[appellant] un texte accrocheur, mais pas de déclarations trompeuses, déloyales ou fourbes. Je soupçonne même l’[appellant], un homme d’affaires averti œuvrant sur la scène locale et internationale, en français et en anglais, d’avoir parfaitement bien compris ce qu’il en était du sweepstake et de ses chances de gagner, et ce, depuis le tout début. [par. 51]

[31] D’après la Cour d’appel, le Document ne contenait aucune représentation fausse ou trompeuse. Bien qu’elle ait semblé reconnaître que ses titres accrocheurs pouvaient initialement donner l’impression que l’appellant venait de gagner le gros lot, à son avis, une lecture attentive du Document suffisait pour dissiper cette impression. En quelque sorte, il appartenait aux consommateurs de se méfier des messages publicitaires aux apparences trop avantageuses. Pour ces motifs, la Cour d’appel a cassé la condamnation des intimées à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs.

IV. AnalysisA. *Issues*

[32] This appeal raises the following issues:

1. What is the proper approach in Quebec for determining whether an advertisement constitutes a false or misleading representation for the purposes of the *Consumer Protection Act*?
2. In the absence of a contract referred to in s. 2 *C.P.A.*, can a consumer exercise a recourse in damages under s. 272 *C.P.A.*?
3. What are the conditions for exercising the recourse in punitive damages provided for in s. 272 *C.P.A.*?
4. Should punitive damages be awarded in this case and, if so, what criteria should be considered in determining their quantum?

B. *Review of the General Objectives of Consumer Law and the Structure of the C.P.A.*

[33] For the purposes of this appeal, this Court must interpret certain core components of the legal scheme established by the *C.P.A.* As we mentioned above, we must define the characteristics of the prohibition against certain advertising practices and the conditions for exercising the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* where that prohibition has been violated. For this, a brief review of the objectives of modern consumer law and the origins of that law in Quebec and Canada will be helpful.

(1) Rise of the Consumer Society and Its Impact on the Normative Environment of Consumer Protection

[34] Historically, the Canadian consumer protection legislation was originally focused on protecting

IV. AnalyseA. *Questions en litige*

[32] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Quelle est la méthode appropriée, au Québec, pour évaluer si une publicité constitue une représentation fautive ou trompeuse pour l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*?
2. En l'absence de contrat visé par l'art. 2 *L.p.c.*, le consommateur peut-il intenter un recours en dommages-intérêts en vertu de l'art. 272 *L.p.c.*?
3. Quelles sont les conditions d'ouverture du recours en dommages-intérêts punitifs prévu à l'art. 272 *L.p.c.*?
4. Doit-on accorder des dommages-intérêts punitifs en l'espèce et, dans l'affirmative, quels critères doivent être considérés pour en déterminer le montant?

B. *Rappel des objectifs généraux du droit de la consommation et présentation de la structure de la L.p.c.*

[33] Ce pourvoi demande à notre Cour d'interpréter des éléments centraux du régime juridique mis en place par la *L.p.c.* Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous sommes appelés à préciser en l'espèce les paramètres qui encadrent l'interdiction de certaines pratiques publicitaires, ainsi que les conditions d'ouverture du recours prévu à l'art. 272 *L.p.c.* en cas de violation de cette interdiction. Dans ce contexte, il s'avère pertinent d'effectuer un bref rappel des objectifs poursuivis par le droit de la consommation moderne et de ses origines au Québec et au Canada.

(1) L'avènement de la société de consommation et ses incidences sur l'environnement normatif en matière de protection du consommateur

[34] Historiquement, la législation canadienne destinée à protéger le consommateur s'est d'abord

consumers from [TRANSLATION] “abuses of power” by merchants (L.-A. Couture, “Rapport sur la protection du consommateur au niveau fédéral en droit pénal canadien”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, vol. 24, *La protection des consommateurs* (1975), 303, at p. 307).

[35] Preserving a competitive economic environment remained central to Canadian consumer protection mechanisms until the mid-20th century. Consumer protection remained indirect in nature: for example, federal legislation was focused more on regulating the Canadian economy at a structural level than on directly protecting consumers’ interests (see J.-L. Baudouin, “Rapport général”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, vol. 24, *La protection des consommateurs* (1975), 3, at p. 4).

[36] With the rise of the consumer society after World War II, however, new concerns came to the fore with respect, in particular, to the increased vulnerability of consumers (N. L’Heureux and M. Lacoursière, *Droit de la consommation* (6th ed. 2011), at pp. 1-4).

[37] Changes in the marketplace led to the realization that consumers needed to be better protected. In fact, the liberalization of markets favoured the emergence of systems focused more on protecting consumers (see Baudouin, at pp. 3-4; see also *Prebushewski v. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 SCC 28, [2005] 1 S.C.R. 649, at para. 33).

[38] Both the Parliament of Canada and the Quebec legislature tried to resolve the problems raised by the new consumer society. Within the Canadian constitutional framework, Parliament and the legislatures have all played important — and often complementary — roles in this regard. We will not dwell here on the measures adopted by Parliament. Instead, we will be focusing on the Quebec legislation and on how it has developed.

concentrée sur la protection contre les « abus de pouvoirs » commis par les commerçants (L.-A. Couture, « Rapport sur la protection du consommateur au niveau fédéral en droit pénal canadien », dans *Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs* (1975), 303, p. 307).

[35] La préservation d’un environnement économique concurrentiel est demeurée au cœur des mécanismes de protection du consommateur au Canada jusqu’au milieu du XX^e siècle. La protection du consommateur conservait un caractère indirect : par exemple, la législation fédérale se préoccupait davantage des orientations structurelles de l’économie canadienne que de la protection particulière des intérêts du consommateur (voir J.-L. Baudouin, « Rapport général », dans *Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs* (1975), 3, p. 4).

[36] Toutefois, après la Deuxième Guerre mondiale, l’avènement de la société de consommation a fait apparaître des préoccupations nouvelles, notamment des inquiétudes au sujet de la vulnérabilité accrue du consommateur (N. L’Heureux et M. Lacoursière, *Droit de la consommation* (6^e éd. 2011), p. 1-4).

[37] L’évolution des marchés a fait reconnaître le besoin d’une protection accrue du consommateur. En fait, la libéralisation des marchés a favorisé l’émergence de régimes plus orientés vers la protection du consommateur (voir Baudouin, p. 3-4; voir aussi *Prebushewski c. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 CSC 28, [2005] 1 R.C.S. 649, par. 33).

[38] Le Parlement du Canada et le législateur québécois ont tous deux cherché à résoudre les problèmes posés par l’avènement de la société de consommation. Dans le cadre constitutionnel canadien, le Parlement et les législatures ont tous joué un rôle important et souvent complémentaire en ces matières. Nous n’insisterons pas ici sur les mesures adoptées par le Parlement fédéral. Notre opinion portera sur la législation québécoise et son évolution.

[39] The rise of the consumer society called attention to the limits of the general law in Quebec, as in the other Canadian provinces. In Quebec, the contractual fairness model based on freedom of contract, consensualism and the binding force of contracts seemed increasingly unsuited to ensuring real equality between merchants and consumers. When the Quebec legislature first became involved in this area, its goal was to develop a new model of contractual fairness based on a scheme of public order that would be an exception to the traditional rules of the general law (see Baudouin, at p. 5).

[40] Quebec consumer law has essentially centred around two successive consumer protection statutes enacted in 1971 and 1978, which were subsequently supplemented by the inclusion of certain provisions of public order in the *Civil Code of Québec*. The first *Consumer Protection Act* (S.Q. 1971, c. 74) applied only to contracts involving credit and distance contracts, and did not deal separately with business practices. In reality, advertising was regulated only indirectly by means of a legal fiction incorporating its content as a term of the resulting contract. Within just a few years after the first Act came into force, it had become obvious that the solution adopted by the legislature needed to be reviewed.

[41] Today's *Consumer Protection Act* establishes a much more elaborate legal scheme than the previous version did. Its enactment reflects the Quebec legislature's desire to extend the protection of the *C.P.A.* to a broader range of contracts and to explicitly regulate certain business practices that are considered fraudulent as regards their effect on consumers. In practical terms, the Act is divided into seven titles that reflect the main concerns of Quebec consumer law. Title I, "Contracts Regarding Goods and Services", contains provisions whose primary purpose is to restore the contractual balance between merchants and consumers. Title II, "Business Practices", identifies certain types of business conduct as prohibited practices

[39] L'avènement de la société de consommation a rendu évidentes les limites du droit commun au Québec comme dans les autres provinces canadiennes. Au Québec, le modèle de justice contractuelle fondé sur la liberté de contracter, le consensualisme et la force obligatoire du contrat apparaissait de moins en moins adapté pour assurer une réelle égalité entre commerçants et consommateurs. L'intervention du législateur québécois en ce domaine a initialement été inspirée par la recherche d'un modèle différent de justice contractuelle fondé sur un régime d'ordre public qui dérogerait aux règles traditionnelles du droit commun (voir Baudouin, p. 5).

[40] Le droit québécois de la consommation s'est pour l'essentiel organisé autour de deux lois successives sur la protection du consommateur, adoptées respectivement en 1971 et 1978, complétées plus tard par certaines dispositions d'ordre public contenues dans le *Code civil du Québec*. La première *Loi de la protection du consommateur* (L.Q. 1971, ch. 74) ne s'appliquait qu'aux contrats assortis d'un crédit ou conclus à distance, et ne réglementait pas les pratiques de commerce de façon autonome. En réalité, la publicité n'était régie qu'indirectement par le biais d'une fiction juridique l'incorporant aux termes du contrat. Quelques années seulement après l'entrée en vigueur de la première loi, il était devenu évident que la solution adoptée par le législateur québécois devait être revue.

[41] La *Loi sur la protection du consommateur* applicable aujourd'hui institue un régime juridique beaucoup plus élaboré que celui établi par sa version précédente. Son adoption témoigne de la volonté du législateur québécois d'étendre la protection de la *L.p.c.* à un ensemble plus vaste de contrats et de régir explicitement certaines pratiques de commerce jugées dolosives pour le consommateur. Concrètement, la loi est divisée en sept titres qui reflètent les grandes orientations du droit québécois de la consommation. Le titre I, intitulé « Contrats relatifs aux biens et aux services », contient des dispositions qui visent principalement à rétablir l'équilibre contractuel entre le commerçant et le consommateur. Le titre II, intitulé « Pratiques de

in order to ensure the veracity of information provided to consumers through advertising or otherwise.

[42] These two main titles are supplemented by, among others, Title IV, which sets out the civil and penal recourses that can be exercised to sanction violations of the Act by merchants. Aside from the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.*, on which this appeal is focused, the main recourses are as follows: a demand by a consumer for the nullity of a contract (s. 271 *C.P.A.*), a penal proceeding instituted by the Director of Criminal and Penal Prosecutions (s. 277 *C.P.A.*) and an application for an interlocutory or permanent injunction by the Attorney General of Quebec, the president of the Office de la protection du consommateur (“Office”) or a legal person that is a consumer advocacy body (ss. 290, 310 and 316 *C.P.A.*). The president of the Office may also negotiate a voluntary undertaking by a merchant to comply with the Act (s. 314 *C.P.A.*).

(2) Protection Against False or Misleading Advertising

[43] The measures to protect consumers from fraudulent advertising practices are one expression of a legislative intent to move away from the maxim *caveat emptor*, or “let the buyer beware”. As a result of these measures, merchants, manufacturers and advertisers are responsible for the veracity of information they provide to consumers and may, should such information contain falsehoods, incur the civil or penal consequences provided for in the legislation. As Judge Matheson of the Ontario County Court explained in *R. v. Colgate-Palmolive Ltd.*, [1970] 1 C.C.C. 100, a case involving federal law, the maxim *caveat venditor* is now far more appropriate to describe the merchant-consumer relationship. In an oft-cited judgment, he wrote the following:

commerce », assimilé à des pratiques interdites certains comportements commerciaux afin d’assurer la véracité de l’information transmise au consommateur par la publicité ou autrement.

[42] Ces deux titres principaux sont complétés notamment par le titre IV, qui prévoit les recours civils et pénaux susceptibles d’être exercés afin de sanctionner les manquements à la loi commis par les commerçants. En faisant abstraction du recours prévu à l’art. 272 *L.p.c.*, dont les conditions d’exercice sont au cœur du présent pourvoi, les principaux recours sont les suivants : recours du consommateur en nullité du contrat (art. 271 *L.p.c.*), poursuite pénale intentée par le directeur des poursuites criminelles et pénales (art. 277 *L.p.c.*) et recours en injonction interlocutoire ou permanente intenté, selon le cas, par le procureur général du Québec, le président de l’Office de la protection du consommateur (« Office ») ou une personne morale dont la mission est de protéger le consommateur (art. 290, 310 et 316 *L.p.c.*). Par ailleurs, le président de l’Office peut également négocier avec un commerçant un engagement volontaire de respecter la loi (art. 314 *L.p.c.*).

(2) La protection contre la publicité fautive ou trompeuse

[43] Les mesures destinées à protéger le consommateur contre les pratiques publicitaires frauduleuses constituent l’une des manifestations de la volonté des corps législatifs de se distancier de la maxime *caveat emptor*, qui signifie « que l’acheteur prenne garde ». En vertu de ces mesures, il appartient au commerçant, au fabricant ou au publicitaire de s’assurer de la véracité de l’information transmise au consommateur. À défaut, il s’expose à en subir les conséquences civiles ou pénales prévues par la législation. Comme l’a expliqué le juge Matheson, de la Cour de comté de l’Ontario, dans l’affaire *R. c. Colgate-Palmolive Ltd.*, [1970] 1 C.C.C. 100, impliquant la mise en œuvre du droit fédéral, c’est bien davantage la maxime *caveat venditor* qui trouve application de nos jours dans le contexte des relations entre commerçants et consommateurs. Dans son jugement souvent cité depuis, il a écrit ce qui suit :

This legislation is the expression of a social purpose, namely the establishment of more ethical trade practices calculated to afford greater protection to the consuming public. It represents the will of the people of Canada that the old maxim *caveat emptor*, let the purchaser beware, yield somewhat to the more enlightened view *caveat venditor* — let the seller beware. [p. 102]

(3) Protection Against False or Misleading Representations in the C.P.A.

[44] One of the main objectives of Title II of the C.P.A. is to protect consumers from false or misleading representations. Many of the practices it prohibits relate to the veracity of information provided to consumers. Section 219 C.P.A. sets out this objective in very clear language. It provides, quite generally, that no merchant, manufacturer or advertiser may make false or misleading representations to a consumer by any means whatever. The word “representation” is defined in s. 216 C.P.A. as including an affirmation, behaviour or an omission. Section 219 C.P.A. is supplemented by prohibitions relating to certain specific types of representations (ss. 220 to 251 C.P.A.).

[45] Section 218 C.P.A. guides the application of all these provisions of Title II. It explains the approach to be used to determine whether a representation is to be considered a prohibited practice. Its wording is based to a large extent on that of s. 52(4) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, a slightly different version of which can now be found in s. 52(4) of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34. Section 218 C.P.A. reads as follows:

218. To determine whether or not a representation constitutes a prohibited practice, the general impression it gives, and, as the case may be, the literal meaning of the terms used therein must be taken into account.

[46] The analytical approach provided for in s. 218 C.P.A. requires the consideration of two factors: the “general impression” given by a representation and the “literal meaning” of the words used in it. We will review the requirements of each of these two factors.

[TRADUCTION] Cette loi est l’expression d’un objectif social, à savoir l’établissement de pratiques de commerce plus saines visant à mieux protéger le consommateur. Elle représente la volonté de la population canadienne de voir la vieille maxime *caveat emptor* — que l’acheteur prenne garde — céder quelque peu le pas au point de vue plus éclairé du *caveat venditor* — que le vendeur prenne garde. [p. 102]

(3) La protection contre les représentations fausses ou trompeuses dans la L.p.c.

[44] Un des objectifs principaux du titre II de la L.p.c. est la protection du consommateur contre les représentations fausses ou trompeuses. Un nombre important de pratiques qu’il interdit sont reliées à la véracité de l’information transmise au consommateur. L’article 219 L.p.c. exprime de façon particulièrement nette cet objectif. En effet, il interdit de façon générale à tout commerçant, fabricant ou publicitaire, de faire par quelque moyen que ce soit, une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur. En effet, la notion de « représentation » est définie à l’art. 216 L.p.c. comme comprenant une affirmation, un comportement ou une omission. Des interdictions relatives à certaines représentations spécifiques (art. 220 à 251 L.p.c.) complètent l’art. 219 L.p.c.

[45] L’article 218 L.p.c. encadre l’application de toutes ces dispositions du titre II. Il expose la méthode prescrite pour déterminer si une représentation doit être considérée comme une pratique interdite. Son libellé est fortement inspiré de celui du par. 52(4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1985, ch. C-23, dont une version légèrement modifiée se trouve aujourd’hui au par. 52(4) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34. L’article 218 L.p.c. prévoit ce qui suit :

218. Pour déterminer si une représentation constitue une pratique interdite, il faut tenir compte de l’impression générale qu’elle donne et, s’il y a lieu, du sens littéral des termes qui y sont employés.

[46] La méthode d’analyse prévue à l’art. 218 L.p.c. commande l’examen de deux éléments : « l’impression générale » donnée par une représentation, ainsi que le « sens littéral » des termes qui y sont employés. Nous examinerons successivement la signification de ces deux éléments.

[47] The phrase “literal meaning of the terms used therein” does not raise any interpretation problems. It simply means that every word used in a representation must be interpreted in its ordinary sense. The purpose of this part of s. 218 *C.P.A.* is to prohibit merchants from raising a defence based on a subtle, technical or convoluted meaning of a word used in a representation. The legislature’s intention was thus that the meanings given to words used in representations be the same as their meanings in everyday life.

[48] What is meant by the expression “general impression” requires further explanation, however. Although there have been few cases on this point, the courts seem in some recent decisions to have established more explicit principles from which a predominant interpretation can be drawn.

[49] One of these principles that has recently been developed more clearly by the Quebec courts relates to the abstract nature of the analysis of the general impression given by a representation. Influenced by Professor L’Heureux’s comments on this point, the courts now seem to accept, as did the courts below in the instant case, that the “general impression” conveyed by a representation must be analysed in the abstract, that is, without considering the personal attributes of the consumer who has instituted proceedings against the merchant. (See *Québec (Procureur général) v. Distribution Canovex Inc.*, [1996] J.Q. n° 5302 (QL) (C.Q. (Crim. & Pen. Div.)), at paras. 39-40; *Option Consommateurs v. Brick Warehouse, l.p.*, 2011 QCCS 569 (CanLII), at paras. 71-73; N. L’Heureux, *Droit de la consommation* (5th ed. 2000), at p. 347. See also *Tremblay v. Ameublements Tanguay inc.*, 2011 QCCS 3078 (CanLII), at para. 97; and L’Heureux and Lacoursière, at pp. 489-90.)

[50] This approach is consistent with the spirit of the *C.P.A.*, whose main objective is to protect consumers. The courts must therefore be able to sanction any representation that, from an objective standpoint, constitutes a prohibited practice. Whether a commercial representation did or did

[47] L’expression « sens littéral des termes qui y sont employés » ne pose pas de problème d’interprétation. Elle reconnaît simplement que chaque mot contenu dans une représentation doit être interprété selon son sens ordinaire. Cette partie du texte de l’art. 218 *L.p.c.* vise à interdire aux commerçants de soulever une défense basée sur une signification subtile, technique ou alambiquée d’un mot utilisé dans une représentation. Le législateur a ainsi souhaité que l’on donne aux mots utilisés dans les représentations un sens conforme à celui qu’ils possèdent dans la vie quotidienne.

[48] En revanche, la notion d’« impression générale » requiert davantage d’explications. Bien que le corpus jurisprudentiel en la matière demeure limité, certaines décisions récentes paraissent avoir établi plus explicitement des principes qui permettent de dégager une interprétation dominante.

[49] L’un de ces principes récemment reconnus plus clairement par la jurisprudence québécoise concerne le caractère *in abstracto* de l’analyse de l’impression générale donnée par une représentation. Influencée en cette matière par les commentaires de la professeure L’Heureux, la jurisprudence semble désormais reconnaître, comme les tribunaux inférieurs dans ce dossier, que « l’impression générale » donnée par une représentation doit être analysée *in abstracto*, c’est-à-dire en faisant abstraction des attributs personnels du consommateur à l’origine de la procédure engagée contre le commerçant. (Voir *Québec (Procureur général) c. Distribution Canovex Inc.*, [1996] J.Q. n° 5302 (QL) (C.Q. crim. & pén.), par. 39-40; *Option Consommateurs c. Brick Warehouse, l.p.*, 2011 QCCS 569 (CanLII), par. 71-73; N. L’Heureux, *Droit de la consommation* (5^e éd. 2000), p. 347. Voir aussi *Tremblay c. Ameublements Tanguay inc.*, 2011 QCCS 3078 (CanLII), par. 97; et L’Heureux et Lacoursière, p. 489-490.)

[50] Cette approche respecte l’esprit de la *L.p.c.*, dont l’objectif principal demeure la protection du consommateur. Les tribunaux doivent alors être en mesure de sanctionner toute représentation qui, objectivement, constitue une pratique interdite. Le fait qu’une représentation commerciale ait causé ou

not cause prejudice to one or more consumers is not relevant to the determination of whether a merchant engaged in a prohibited practice within the meaning of Title II of the *C.P.A.* The *C.P.A.* is concerned not only with remedying the harm caused to consumers by false or misleading representations, but also with preventing the distribution of advertisements that could mislead consumers and possibly cause them various types of prejudice.

[51] In sum, this is the objective being pursued in requiring that an abstract analysis be conducted under s. 218 *C.P.A.* This approach takes account of the concrete impact that advertising can have on consumers in their everyday lives. Professor Claude Masse has written the following on this subject:

[TRANSLATION] Commercial advertising often plays on the general impression that may be conveyed by an advertisement and even on the literal meaning of the terms used. Information in advertisements is transmitted quickly. Advertising relies on the image and the impression of the moment. This general impression is often what is sought in advertising. By definition, consumers do not have time to think at length about the real meaning of the messages being conveyed to them or about whether words are being used in their literal sense. The content of advertising is taken seriously in consumer law. Consumers do not have to wonder whether or not the promises made to them or the undertakings given are realistic, serious or plausible. Merchants, manufacturers and advertisers are therefore bound by the content of messages actually conveyed to consumers. [Emphasis added.]

(*Loi sur la protection du consommateur: analyse et commentaires* (1999), at p. 828)

[52] The use of the general impression test of s. 218 *C.P.A.* reflects how, in practice, consumers are very frequently led to exercise their freedom of choice. The question thus becomes how the courts are to determine the general impression conveyed by a commercial representation. The parties have taken very different positions in this Court on the interpretation of this concept.

[53] The appellant basically argues that the general impression conveyed by a written advertisement

non un préjudice à un ou plusieurs consommateurs n'est pas pertinent pour décider si un commerçant a commis une pratique interdite au sens du titre II de la *L.p.c.* La loi vise non seulement à réparer le tort causé aux consommateurs par des représentations fausses ou trompeuses, mais également à prévenir la diffusion de messages publicitaires capables de tromper les consommateurs et, éventuellement, de leur causer divers préjudices.

[51] En somme, la conduite d'une analyse *in abstracto* en vertu de l'art. 218 *L.p.c.* vise à réaliser cet objectif. Cette approche tient compte de la façon dont la publicité peut affecter concrètement la vie quotidienne du consommateur. À ce sujet, le professeur Claude Masse a écrit :

La publicité commerciale joue en effet souvent sur l'impression générale que peut laisser une publicité et même sur le sens littéral des mots employés. Les informations publicitaires sont transmises rapidement. On y mise sur l'image et l'impression du moment. C'est cette impression générale qui est souvent recherchée par la publicité. Le consommateur n'a pas, par définition, le temps de se livrer à de longues réflexions sur le sens véritable des messages qu'on lui communique ou sur la question de savoir si le sens des mots employés correspond ou non à leur sens littéral. Le droit de la consommation prend le contenu de la publicité au sérieux. Le consommateur n'a pas à se demander si les promesses qu'on lui fait ou les engagements que l'on prend sont ou non réalistes, sérieux ou vraisemblables. Le commerçant, le fabricant et le publicitaire sont donc liés par le contenu du message réellement communiqué aux consommateurs. [Nous soulignons.]

(*Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires* (1999), p. 828)

[52] L'emploi du critère de l'impression générale fixé à l'art. 218 *L.p.c.* vise à traduire la façon dont, en pratique, les consommateurs sont très souvent amenés à exercer leur liberté de choix. Il faut alors déterminer comment les tribunaux doivent apprécier l'impression générale donnée par une représentation commerciale. Les parties ont adopté des positions fort contradictoires devant notre Cour à l'égard de l'interprétation de cette notion.

[53] L'appelant plaide essentiellement que l'impression générale donnée par une publicité écrite

must be assessed contextually, that is, by considering both the writing style and the choice of words. He submits that the approach required by s. 218 *C.P.A.* does not involve considering the words used in an advertisement in isolation from the medium in which they are used. In other words, the appellant contends that the general impression is based both on the layout of an advertisement and on the meaning of the words used.

[54] The respondents counter that the general impression test must not be likened to an “instant impression” test. They argue that the general impression is not the instant impression conveyed by an advertisement’s layout and that the courts cannot dispense with a careful reading of a written advertisement. The respondents therefore submit that s. 218 *C.P.A.* requires an analytical approach that emphasizes the text of an advertisement rather than its layout.

[55] In our opinion, the respondents are wrong to downplay the importance of the layout of an advertisement. It must be remembered that the legislature adopted the general impression test to take account of the techniques and methods that are used in commercial advertising to exert a significant influence on consumer behaviour. This means that considerable importance must be attached not only to the text but also to the entire context, including the way the text is displayed to the consumer.

[56] However, the respondents are right to say that the general impression referred to in s. 218 *C.P.A.* is not the impression formed as a result of a rushed or partial reading of an advertisement. The analysis under that provision must take account of the entire advertisement rather than merely of portions of its content. But it is just as true that the analytical approach required by s. 218 *C.P.A.* does not involve the minute dissection of the text of an advertisement to determine whether the general impression it conveys is false or misleading. The courts must not approach a written advertisement as if it were a commercial contract by reading it several times,

doit s’apprécier de façon contextuelle, c’est-à-dire d’une façon qui tienne compte autant du style de rédaction que du choix des mots utilisés. Il affirme que l’approche prescrite par l’art. 218 *L.p.c.* ne consiste pas à extraire les mots employés dans une publicité du support sur lequel ils sont reproduits. En d’autres termes, l’appelant soutient que l’impression générale est conditionnée à la fois par la facture visuelle d’une publicité et par la signification des mots utilisés.

[54] Les intimées répondent que le critère de l’impression générale ne doit pas être assimilé à celui de « l’impression instantanée ». Elles plaident que l’impression générale ne correspond pas à l’impression instantanée laissée par la facture visuelle d’une publicité et que les tribunaux ne peuvent faire l’économie d’une lecture attentive des publicités écrites. Les intimées soutiennent donc que l’art. 218 *L.p.c.* prescrit une méthode d’analyse qui place l’accent sur le texte de la publicité plutôt que sur sa facture visuelle.

[55] À notre avis, les intimées ont tort de négliger l’importance de la facture visuelle d’une publicité. Il faut retenir d’abord que le législateur a adopté le critère de l’impression générale pour tenir compte des techniques et méthodes utilisées dans la publicité commerciale afin d’influencer de manière importante le comportement du consommateur. Cette réalité commande que l’on attache une importance considérable non seulement au texte, mais à tout son contexte, notamment à la manière dont il est présenté au consommateur.

[56] Les intimées ont cependant raison d’affirmer que l’impression générale à laquelle réfère l’art. 218 *L.p.c.* n’est pas celle qui se dégage d’une lecture précipitée ou partielle de la publicité. L’analyse requise par cette disposition doit prendre en considération l’ensemble de la publicité plutôt que de simples bribes de son contenu. Toutefois, la méthode d’analyse prescrite par l’art. 218 *L.p.c.* s’oppose tout autant à un décorticage minutieux du texte d’une publicité aux fins de déterminer si l’impression générale qu’elle donne est fausse ou trompeuse. En effet, les tribunaux ne doivent pas aborder une publicité écrite comme un contrat commercial, c’est-à-dire la lire

going over every detail to make sure they understand all its subtleties. Reading over the entire text once should be sufficient to assess the general impression conveyed by a written advertisement, and it is that general impression that will then make it possible to determine whether a representation made by a merchant constitutes a prohibited practice.

[57] In sum, it is our opinion that the test under s. 218 *C.P.A.* is that of the first impression. In the case of false or misleading advertising, the general impression is the one a person has after an initial contact with the entire advertisement, and it relates to both the layout of the advertisement and the meaning of the words used. This test is similar to the one that must be applied under the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, to determine whether a trade-mark causes confusion (*Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824, at para. 20; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 41).

[58] We cannot therefore accept the distinction proposed by the respondents between “instant impression” and “general impression”. In actual fact, the respondents are asking this Court to apply a standard much more exacting than that of the first impression. This conclusion flows necessarily from their position on the application of the general impression test to the facts of the case at bar. To explain why their advertising strategy does not contravene Title II of the *C.P.A.*, they state that the “documents . . . were in the possession of [the appellant] for a lengthy period of time and [that he] was able to read them carefully on several occasions before sending in the Official Entry Certificate” (R.F., at para. 46 (emphasis added)).

[59] We will now consider the approach taken by the Court of Appeal in this case in light of the principles discussed above regarding the analytical approach required by s. 218 *C.P.A.* With respect, the Court of Appeal seems, in our view, to have favoured an approach that does away with the need to ascertain the general impression conveyed by the

plusieurs fois, en s’attachant à tous ses détails pour en comprendre toutes les subtilités. Une seule lecture d’ensemble devrait suffire pour apprécier l’impression générale donnée par une publicité écrite. Cette impression générale permettra alors de déterminer si une représentation faite par un commerçant constitue une pratique interdite.

[57] En somme, à notre avis, l’art. 218 *L.p.c.* pose le critère de la première impression. En ce qui concerne la publicité fautive ou trompeuse, l’impression générale est celle qui se dégage après un premier contact complet avec la publicité, et ce, à l’égard tant de sa facture visuelle que de la signification des mots employés. Cette méthode d’analyse ressemble d’ailleurs à celle qui doit être appliquée en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, afin de déterminer si une marque crée de la confusion (*Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824, par. 20; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 41).

[58] Ainsi, nous ne saurions accepter la distinction proposée par les intimées entre « impression instantanée » et « impression générale ». En réalité, les intimées invitent notre Cour à appliquer une norme beaucoup plus exigeante que celle de la première impression. Leur position relativement à l’application du critère de l’impression générale aux faits du présent dossier impose une telle conclusion. En effet, afin d’expliquer les raisons pour lesquelles leur stratégie publicitaire ne contrevient pas aux prescriptions du titre II de la *L.p.c.*, elles affirment que les [TRADUCTION] « documents [. . .] ont été en la possession de [l’appelant] durant une longue période, ce qui a permis à ce dernier de les lire attentivement à plusieurs occasions avant d’envoyer le certificat officiel de participation » (m.i., par. 46 (nous soulignons)).

[59] Nous examinerons maintenant l’approche adoptée par la Cour d’appel en l’espèce, en appliquant les principes dégagés plus haut au sujet de la méthode d’analyse prescrite par l’art. 218 *L.p.c.* Avec égards, nous sommes d’avis que la Cour d’appel paraît avoir privilégié une approche qui substitue à la recherche de l’impression générale laissée par

Document and replaces it with an opinion resulting from an analysis. In substance, this approach involved dissecting the Document to isolate and connect parts of sentences to reveal the “real message” it conveyed (paras. 45-48). This led the Court of Appeal to attach excessive importance to the parts of the Document containing phrases such as “[i]f you have and return the Grand Prize winning entry” and “if you hold the Grand Prize winning number” (A.R., vol. II, at p. 59). In so doing, it departed from the general impression test provided for in s. 218 *C.P.A.*

[60] This dissection of the text by the Court of Appeal resembles the classical civil law approach to contract analysis and strays from the determination of the general impression the entire advertisement conveys to a consumer. Furthermore, the purpose of Title II of the *C.P.A.* is to make merchants responsible for the content of their advertisements on the basis of the general impression the advertisements convey. By adopting so exacting a standard in s. 218 *C.P.A.*, the legislature intended to ensure that consumers could view commercial advertising with confidence rather than suspicion. Thus, the objective of the current legislation is to enable a consumer to assume that the general impression conveyed by an advertisement is accurate and not the opposite. In sum, the analytical approach chosen by the Court of Appeal for establishing the general impression conveyed by the respondents’ advertisement was inconsistent with the general impression test adopted by the legislature.

(4) Consumer in Issue in Title II of the *C.P.A.*

[61] The above discussion of the general impression concept leaves an important question unanswered: From what perspective should the courts assess the general impression conveyed by a commercial representation? Who is the consumer for the purposes of s. 218 *C.P.A.*? Answering this question is the second step of the analytical approach required by s. 218 *C.P.A.*

le Document, celle d’une « opinion après analyse ». En substance, cette approche a consisté à décortiquer le Document pour isoler et mettre en relation des extraits de phrases qui révéleraient le « vrai message » véhiculé (par. 45-48). Cette méthode a conduit la Cour d’appel à accorder une importance démesurée aux extraits du Document contenant des expressions telles que [TRADUCTION] « [s]i vous détenez le coupon de participation gagnant du Gros Lot et le retournez à temps » et « si vous détenez le numéro gagnant du Gros Lot » (d.a., vol. II, p. 59). En procédant ainsi, la Cour d’appel n’a pas respecté le critère de l’impression générale énoncé à l’art. 218 *L.p.c.*

[60] Cette dissection du texte par la Cour d’appel se rapproche de la méthode classique d’analyse des contrats de droit civil et s’éloigne d’une recherche de l’impression générale d’ensemble que la publicité donne au consommateur. De plus, les dispositions du titre II de la *L.p.c.* veulent rendre les commerçants responsables du contenu de leurs publicités sur la base de l’impression générale qu’elles donnent. En adoptant une norme aussi exigeante à l’art. 218 *L.p.c.*, le législateur a souhaité que le consommateur examine la publicité commerciale avec confiance plutôt qu’avec méfiance. La loi actuelle souhaite ainsi que le consommateur puisse présumer que l’impression générale donnée par une publicité correspond à la réalité, et non le contraire. En somme, la méthode d’analyse choisie par la Cour d’appel pour déterminer l’impression générale donnée par la publicité des intimées ne respectait pas le critère de l’impression générale que le législateur a retenu.

(4) Le consommateur visé par le titre II de la *L.p.c.*

[61] La discussion de la notion d’impression générale qui précède laisse néanmoins en suspens une question importante : selon quelle perspective les tribunaux doivent-ils apprécier l’impression générale donnée par une représentation commerciale? Qui est le consommateur visé par l’art. 218 *L.p.c.*? La réponse à cette question constitue le deuxième volet de la méthode d’analyse prescrite par l’art. 218 *L.p.c.*

[62] In recent decisions, judges have commonly used the expression “average consumer” to describe the consumer in issue in Title II of the *C.P.A.* Of course, the average consumer does not exist, but is the product of a legal fiction personified by an imaginary consumer to whom a level of sophistication that reflects the purpose of the *C.P.A.* is attributed. In the case at bar, the crux of the issue is whether the level of sophistication of the average consumer conceptualized by the Court of Appeal is consistent with the objectives of the *C.P.A.*

[63] The appellant argues that the Court of Appeal erred in defining the average consumer as one with [TRANSLATION] “an average level of intelligence, scepticism and curiosity” (para. 50). He submits that the Court of Appeal departed from the prevailing line of authority in Quebec, according to which the average consumer must be considered [TRANSLATION] “credulous and inexperienced”. He adds that, by stressing the average consumer’s intelligence, scepticism and curiosity, the Court of Appeal proposed a new standard that could deprive many consumers of the protection of the *C.P.A.* (A.F., at para. 40).

[64] The respondents argue that the Court of Appeal did not change the definition of the average consumer. In their view, Chamberland J.A. simply pointed out that the average consumer, although credulous, is not completely unintelligent. He did not change the requirements of s. 218 *C.P.A.* (R.F., at paras. 28 and 32).

[65] The *C.P.A.* is one of a number of statutes enacted to protect Canadian consumers. The courts that have applied these statutes have often used the average consumer test. In conformity with the objective of protection that underlies such legislation, the courts have assumed that the average consumer is not very sophisticated.

[66] This Court’s decisions relating to trademarks provide a good example of this interpretive approach. In *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada*

[62] La jurisprudence récente renvoie couramment au concept du « consommateur moyen » afin de désigner le consommateur visé par les dispositions du titre II de la *L.p.c.* Certes, ce consommateur moyen n’existe pas : il demeure le produit d’une fiction juridique incarnée par un consommateur mythique auquel on impute un degré de discernement qui reflète le but de la *L.p.c.* En l’espèce, le nœud de la question consiste à déterminer si le degré de discernement du consommateur moyen conceptualisé par la Cour d’appel respecte les objectifs poursuivis par la *L.p.c.*

[63] L’appellant plaide que la Cour d’appel s’est trompée en définissant le consommateur moyen comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » (par. 50). Il soutient que la Cour d’appel s’est écartée de la jurisprudence prédominante au Québec selon laquelle le consommateur moyen doit être considéré comme une personne « crédule et inexpérimentée ». Il affirme qu’en insistant sur le niveau d’intelligence, de scepticisme et de curiosité du consommateur moyen, la Cour d’appel a proposé une norme nouvelle qui pourrait priver une grande partie des consommateurs de la protection de la *L.p.c.* (m.a., par. 40).

[64] Pour leur part, les intimées plaident que la Cour d’appel n’a pas modifié la définition du consommateur moyen. À leur avis, le juge Chamberland a simplement rappelé que le consommateur moyen, même crédule, n’est pas complètement dépourvu d’intelligence, sans modifier les exigences de l’art. 218 *L.p.c.* (m.i., par. 28 et 32).

[65] La *L.p.c.* appartient à l’ensemble de lois destinées à protéger les consommateurs canadiens. La jurisprudence qui découle de l’application de ces dispositions utilise souvent le critère du consommateur moyen. Cette jurisprudence attribue un faible degré de discernement à ce consommateur, afin de respecter l’objectif de protection sous-jacent à ces mesures législatives.

[66] La jurisprudence de notre Cour en matière de marques de commerce fournit un bon exemple de cette approche interprétative. Dans l’arrêt *Mattel*,

Inc., 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, the Court was asked to clarify the standard to be used by the courts to determine whether a trade-mark causes confusion with a registered trade-mark. Binnie J., writing for the Court, concluded that the average consumers protected by the *Trade-marks Act* are “ordinary hurried purchasers” (para. 56). He explained that “[t]he standard is not that of people ‘who never notice anything’ but of persons who take no more than ‘ordinary care to observe that which is staring them in the face’” (para. 58).

[67] The general impression test provided for in s. 218 *C.P.A.* must be applied from a perspective similar to that of “ordinary hurried purchasers”, that is, consumers who take no more than ordinary care to observe that which is staring them in the face upon their first contact with an advertisement. The courts must not conduct their analysis from the perspective of a careful and diligent consumer.

[68] Obviously, the adjectives used to describe the average consumer may vary from one statute to another. Such variations reflect the diversity of economic realities to which different statutes apply and of their objectives. The most important thing is not the adjectives used, but the level of sophistication expected of the consumer.

[69] In applying the general impression test provided for in s. 218 *C.P.A.*, the Quebec courts have traditionally used the words “credulous” and “inexperienced” to describe the consumer in issue in the Act, relying on *R. v. Imperial Tobacco Products Ltd.*, [1971] 5 W.W.R. 409 (Alta. S.C., A.D.), to incorporate the “credulous and inexperienced person” concept into Title II of the *C.P.A.* (Masse, at p. 828). After the courts had referred to this concept occasionally in the 1980s and 1990s, including in *P.G. du Québec v. Louis Bédard Inc.*, 1986 CarswellQue 981 (Ct. Sess. P.), the Quebec Court of Appeal rendered a landmark decision on this question in *Turgeon v. Germain Pelletier ltée*, [2001]

Inc. c. 3894207 Canada Inc., 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, la Cour était appelée à préciser la norme au moyen de laquelle les tribunaux doivent décider si une marque de commerce porte à confusion avec une marque enregistrée. Au nom de la Cour, le juge Binnie a conclu que le consommateur moyen que veut protéger la *Loi sur les marques de commerce* est « l’acheteur ordinaire pressé » (par. 56). Il a précisé que « [l]a norme applicable [n’était] pas celle des personnes [TRADUCTION] “qui ne remarquent jamais rien”, mais celle des personnes qui ne prêtent rien de plus qu’une [TRADUCTION] “attention ordinaire à ce qui leur saute aux yeux” » (par. 58).

[67] Le critère de l’impression générale prévu à l’art. 218 *L.p.c.* doit être appliqué dans une perspective similaire à celle de « l’acheteur ordinaire pressé », c’est-à-dire celle d’un consommateur qui ne prête rien de plus qu’une attention ordinaire à ce qui lui saute aux yeux lors d’un premier contact avec une publicité. Les tribunaux ne doivent pas conduire l’analyse dans la perspective du consommateur prudent et diligent.

[68] Les adjectifs utilisés pour qualifier le consommateur moyen sont évidemment susceptibles de varier d’une loi à l’autre. Ces variations reflètent la diversité des réalités économiques visées par chaque loi et des objectifs qui leur sont propres. L’essentiel ne réside pas dans ces épithètes, mais plutôt dans le choix du degré de discernement attendu du consommateur.

[69] Dans l’application du critère de l’impression générale prescrit par l’art. 218 *L.p.c.*, la jurisprudence québécoise a traditionnellement utilisé les qualificatifs « crédule » et « inexpérimenté » afin de décrire le consommateur visé par la loi. Les tribunaux québécois se sont inspirés alors de l’arrêt *R. c. Imperial Tobacco Products Ltd.*, [1971] 5 W.W.R. 409 (C.S. Alb., Div. app.), pour intégrer le concept de la « personne crédule et inexpérimentée » au titre II de la *L.p.c.* (Masse, p. 828). Après des mentions occasionnelles de ce concept dans la jurisprudence des années 1980 et 1990, notamment dans l’affaire *P.G. du Québec c. Louis Bédard Inc.*, 1986 CarswellQue 981 (C.S.P.), la Cour d’appel du

R.J.Q. 291, in which it confirmed that the “credulous and inexperienced” consumer test is applicable in Quebec consumer law. Fish J.A., as he then was, wrote the following on this point:

[TRANSLATION] As my colleague Gendreau J.A. pointed out in *Nichols v. Toyota Drummondville (1982) inc.*, the *Consumer Protection Act* is a statute of public order whose purpose is to restore the contractual [balance] between merchants and their customers. The credulous and inexperienced person test must be used to assess the misleading nature of the advertising and business practices to which the *Consumer Protection Act* applies. [Emphasis added; para. 36.]

[70] Since then, trial courts in Quebec have followed *Turgeon*, including in several class actions based on the *C.P.A.* (see *Riendeau v. Brault & Martineau inc.*, 2007 QCCS 4603, [2007] R.J.Q. 2620, at para. 149, aff’d by 2010 QCCA 366, [2010] R.J.Q. 507; *Adams v. Amex Bank of Canada*, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, at para. 126; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2009 QCCS 2764 (CanLII), at para. 357; *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2009 QCCS 2743 (CanLII), at para. 257). In sum, it is clear that, since *Turgeon*, the “general impression” referred to in s. 218 *C.P.A.* is the impression of a commercial representation on a credulous and inexperienced consumer.

[71] Thus, in Quebec consumer law, the expression “average consumer” does not refer to a reasonably prudent and diligent person, let alone a well-informed person. To meet the objectives of the *C.P.A.*, the courts view the average consumer as someone who is not particularly experienced at detecting the falsehoods or subtleties found in commercial representations.

[72] The words “credulous and inexperienced” therefore describe the average consumer for the purposes of the *C.P.A.* This description of the average consumer is consistent with the legislature’s

Québec a prononcé un jugement de principe sur cette question dans l’arrêt *Turgeon c. Germain Pelletier ltée*, [2001] R.J.Q. 291, et a confirmé à cette occasion l’applicabilité du critère du consommateur « crédule et inexpérimenté » en droit québécois de la consommation. Le juge Fish, alors de cette cour, a écrit ce qui suit à ce propos :

Comme l’a souligné mon collègue le juge Gendreau dans l’arrêt *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, la *Loi sur la protection du consommateur* est une loi d’ordre public qui vise à rétablir [l’équilibre] contractuel entre le commerçant et son client. Et c’est en vertu du critère de la personne crédule et inexpérimentée qu’il faut évaluer le caractère trompeur de la publicité et des pratiques commerciales visées par la *Loi sur la protection du consommateur*. [Nous soulignons; par. 36.]

[70] Depuis lors, les tribunaux de première instance au Québec ont suivi cet arrêt, notamment à l’occasion de plusieurs recours collectifs fondés sur la *L.p.c.* (voir *Riendeau c. Brault & Martineau inc.*, 2007 QCCS 4603, [2007] R.J.Q. 2620, par. 149, conf. par 2010 QCCA 366, [2010] R.J.Q. 507; *Adams c. Amex Bank of Canada*, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, par. 126; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2009 QCCS 2764 (CanLII), par. 357; *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2009 QCCS 2743 (CanLII), par. 257). En somme, il est clair que depuis l’arrêt *Turgeon*, l’« impression générale » à laquelle renvoie l’art. 218 *L.p.c.* est assimilée à celle que donne une représentation commerciale chez le consommateur crédule et inexpérimenté.

[71] Ainsi, le concept du « consommateur moyen » n’évoque pas, en droit québécois de la consommation, la notion de personne raisonnablement prudente et diligente. Il renvoie encore moins à la notion de personne avertie. Afin de réaliser les objectifs de la *L.p.c.*, les tribunaux considèrent que le consommateur moyen n’est pas particulièrement aguerri pour déceler les faussetés ou les subtilités dans une représentation commerciale.

[72] Les qualificatifs « crédule et inexpérimenté » expriment donc la conception du consommateur moyen qu’adopte la *L.p.c.* Cette description du consommateur moyen respecte la volonté

intention to protect vulnerable persons from the dangers of certain advertising techniques. The word “credulous” reflects the fact that the average consumer is prepared to trust merchants on the basis of the general impression conveyed to him or her by their advertisements. However, it does not suggest that the average consumer is incapable of understanding the literal meaning of the words used in an advertisement if the general layout of the advertisement does not render those words unintelligible.

[73] We must therefore find that the Court of Appeal changed the standard of the average consumer for the purposes of Title II of the *C.P.A.* and that its decision was incompatible with the *C.P.A.*'s objective of protecting consumers. In our opinion, defining the average consumer as having [TRANSLATION] “an average level of intelligence, scepticism and curiosity” is inconsistent with the letter and the spirit of s. 218 *C.P.A.* Such a definition raises a number of problems.

[74] First, the words “average level of intelligence” suggest that the consumer the legislature wanted to protect in Title II of the *C.P.A.* is a consumer who has the same level of sophistication as the average person. As we mentioned above, consumer law does not protect consumers only if they have proven to be prudent and well informed. The *C.P.A.*'s general objective of protecting consumers means that the appropriate test is not that of the prudent and diligent consumer.

[75] Moreover, from a practical standpoint, this part of the definition proposed by Chamberland J.A. is not really compatible with the abstract analysis required by s. 218 *C.P.A.*, since the use of a standard like that of the “consumer with an average level of intelligence” could lead the courts to adopt a test based on determining the level of sophistication of the consumer in question in a given case. Such a test would make it possible to exonerate a merchant who is lucky enough to be sued by a consumer of above-average intelligence. The court's role would then be to determine whether the consumer exercising the recourse was in fact misled rather than

législative de protéger les personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires. Le terme « crédule » reconnaît que le consommateur moyen est disposé à faire confiance à un commerçant sur la base de l'impression générale que la publicité qu'il reçoit lui donne. Cependant, il ne suggère pas que le consommateur moyen est incapable de comprendre le sens littéral des termes employés dans une publicité, pourvu que la facture générale de celle-ci ne vienne pas brouiller l'intelligibilité des termes employés.

[73] Il nous faut donc constater que la Cour d'appel a modifié la norme du consommateur moyen visé par le titre II de la *L.p.c.* et n'a pas respecté l'objectif de protection de la *L.p.c.* À notre avis, le fait de définir le consommateur moyen comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » se concilie mal avec le libellé et l'esprit de l'art. 218 *L.p.c.* En effet, une telle définition soulève plusieurs problèmes.

[74] D'abord, l'expression « moyennement intelligent » suggère que le consommateur que le législateur a souhaité protéger au titre II de la *L.p.c.* est celui dont le degré de discernement correspond à celui de la moyenne des gens. Comme nous l'avons souligné précédemment, le droit de la consommation ne protège pas les consommateurs dans la seule mesure où ils se sont montrés prudents et avertis. Pour respecter l'objectif général de protection de la *L.p.c.*, il faut éviter d'utiliser un critère correspondant à celui du consommateur prudent et diligent.

[75] De plus, dans une perspective pratique, ce volet de la définition proposée par le juge Chamberland s'harmonise mal avec l'analyse *in abstracto* requise par l'art. 218 *L.p.c.* L'utilisation d'une norme comme le « consommateur moyennement intelligent » peut inciter les tribunaux à adopter une méthode d'analyse basée sur la détermination du degré de discernement du consommateur en cause. Une telle approche faciliterait l'exonération d'un commerçant qui aurait eu le bonheur de se faire poursuivre par un consommateur plus intelligent que la moyenne. Les tribunaux seraient alors invités à déterminer si le consommateur qui a

whether the advertisement in question constituted a false or misleading representation. This would decrease the level of protection provided to consumers by the *C.P.A.*

[76] Next, the words “average level of . . . scepticism” replace the general impression test with a test based on the opinion formed after a more thorough analysis. It invites the courts to assume that the average consumer must take concrete action to find the “real message” hidden behind an advertisement that seems advantageous. This analytical approach can only weaken the general impression test, since a sceptical person will be inclined not to believe an advertisement solely on the basis of the general impression it conveys. A sceptical person will doubt, ask questions and perhaps make his or her own inquiries. If, at the end of that process, the person concludes that the content of the advertisement is true to reality, his or her assessment will be based not on the general impression conveyed by the advertisement but on the concrete action he or she has taken.

[77] The above comments also apply to the “average level of . . . curiosity” the average consumer must be presumed to have, according to the Court of Appeal. With respect, the use of this expression rests on the same incorrect premise as does that with respect to the scepticism of the average consumer. A consumer with “an average level of . . . curiosity” will not be so stupid or naïve as to rely on the first impression conveyed by a commercial representation but will be curious enough to consider that impression more closely. He or she will try to determine whether the general impression conveyed by an advertisement is actually true to reality. On this point, we reiterate that the purpose of Title II of the *C.P.A.* is to make it possible for consumers to trust the general impression given by merchants in their advertisements. If this general impression is not true to reality, the advertisement in question constitutes a false or misleading representation and the merchant has engaged in a prohibited practice for the purposes of the

entrepris le recours a été trompé, plutôt qu’à déterminer si la publicité en cause constituait une représentation fautive ou trompeuse. On réduirait ainsi le niveau de protection offert au consommateur par la *L.p.c.*

[76] Ensuite, le qualificatif « moyennement sceptique » substitue au critère de l’impression générale celui de l’opinion atteinte après une analyse plus poussée. Il invite les tribunaux à présumer que le consommateur moyen doit effectuer des démarches concrètes afin de découvrir le « vrai message » qui se cache derrière une publicité aux apparences avantageuses. Cette méthode d’analyse ne peut s’appliquer qu’au détriment du critère de l’impression générale. En effet, une personne sceptique aura tendance à refuser de se fier à un message publicitaire uniquement sur la base de l’impression générale qu’il dégage. La personne sceptique doutera, posera des questions et conduira peut-être ses propres recherches. Si, au terme de cet exercice, elle conclut que le contenu d’un message publicitaire est conforme à la réalité, son appréciation ne dépendra pas de l’impression générale qu’il a donnée. Elle proviendra plutôt des démarches concrètes qu’elle aura faites.

[77] Les commentaires qui précèdent s’appliquent aussi à la « curiosité moyenne » qui, selon la Cour d’appel, doit être présumée chez le consommateur moyen. Avec égards, l’utilisation de cette notion procède de la même prémisse erronée que dans le cas du scepticisme du consommateur moyen. Un consommateur « moyennement curieux » ne sera pas stupide et naïf au point de se fier aux premières impressions données par une représentation commerciale. Au contraire, il se montrera suffisamment curieux pour approfondir sa première perception. Son objectif demeurera de vérifier si l’impression générale donnée par une publicité correspond effectivement à la réalité. Sur ce point, nous rappelons que le titre II de la *L.p.c.* vise à permettre au consommateur de faire confiance aux commerçants sur la base de l’impression générale laissée par leurs publicités. Dans la mesure où cette impression générale ne correspond pas à la réalité, la publicité constitue une représentation fautive ou trompeuse et la *L.p.c.*

C.P.A., regardless of whether the “real message” of the advertisement could be understood by analysing it in depth. In fact, the Court of Appeal’s interpretation of the average consumer concept is closer to that of the diligent person, which is neither mentioned in the Act nor in keeping with its spirit.

[78] For all these reasons, we cannot endorse the definition of the average consumer proposed by the Court of Appeal. In our opinion, the concept of the credulous and inexperienced consumer applied by the Quebec courts in the line of authority that prevailed before the judgment of the Court of Appeal in the instant case is more consistent with the Quebec legislature’s objective of protecting consumers from false or misleading advertising. A court asked to assess the veracity of a commercial representation must therefore engage, under s. 218 *C.P.A.*, in a two-step analysis that involves — having regard, provided that the representation lends itself to such an analysis, to the literal meaning of the words used by the merchant — (1) describing the general impression that the representation is likely to convey to a credulous and inexperienced consumer; and (2) determining whether that general impression is true to reality. If the answer at the second step is no, the merchant has engaged in a prohibited practice.

C. Consistency of the Court of Appeal’s Judgment with the C.P.A.

[79] What must now be determined is whether, in light of these principles, the Court of Appeal was right to reverse the trial judge’s finding that the Document contained representations that contravened certain provisions of Title II of the *C.P.A.* Cohen J. identified three violations of that Act. We will consider the alleged violations of ss. 219 and 228 *C.P.A.* together, since they concern different aspects of a single reality that cannot easily be separated from one another. We will discuss the alleged violation of s. 238(c) *C.P.A.* separately.

considère que le commerçant a commis une pratique interdite, et ce, sans égard au fait qu’une analyse approfondie de la publicité pourrait permettre de comprendre le « vrai message » qu’elle véhicule. En réalité, la conceptualisation du consommateur moyen retenue par la Cour d’appel s’apparente davantage à la notion de personne diligente qui n’est pas mentionnée dans la loi et qui ne respecte pas l’esprit de celle-ci.

[78] Pour l’ensemble de ces motifs, nous devons écarter la définition du consommateur moyen proposée par la Cour d’appel. Nous sommes d’avis que la notion du consommateur crédule et inexpérimenté, comme l’a employée la jurisprudence prédominante au Québec avant le jugement dont appel, respecte mieux les objectifs de protection contre la publicité fausse ou trompeuse que poursuit le législateur québécois. Ainsi, les tribunaux appelés à évaluer la véracité d’une représentation commerciale devraient procéder, selon l’art. 218 *L.p.c.*, à une analyse en deux étapes, en tenant compte, si la nature de la représentation se prête à une telle analyse, du sens littéral des mots employés par le commerçant : (1) décrire d’abord l’impression générale que la représentation est susceptible de donner chez le consommateur crédule et inexpérimenté; (2) déterminer ensuite si cette impression générale est conforme à la réalité. Dans la mesure où la réponse à cette dernière question est négative, le commerçant aura commis une pratique interdite.

C. La conformité du jugement de la Cour d’appel à la L.p.c.

[79] Il s’agit maintenant de déterminer si, selon ces principes, la Cour d’appel a eu raison d’infirmier la conclusion de la juge de première instance que le Document contenait des représentations qui contreviennent à certaines dispositions du titre II de la *L.p.c.* La juge Cohen a constaté trois violations de la loi. Nous analyserons ensemble les contraventions alléguées aux art. 219 et 228 *L.p.c.*, qui visent en l’espèce des aspects de la réalité qui peuvent difficilement être dissociés, et nous examinerons séparément celle relative à l’al. 238(c) *L.p.c.*

(1) Alleged Violation of Sections 219 and 228 C.P.A.

[80] Sections 219 and 228 *C.P.A.* read as follows:

219. No merchant, manufacturer or advertiser may, by any means whatever, make false or misleading representations to a consumer.

228. No merchant, manufacturer or advertiser may fail to mention an important fact in any representation made to a consumer.

[81] In the instant case, the alleged violation of s. 219 *C.P.A.* lay in the fact that the Document falsely stated that the appellant was the grand prize winner, while the alleged violation of s. 228 *C.P.A.* related specifically to the respondents' failure to reveal in the Document that the appellant might not be the grand prize winner. These two allegations therefore raise the question whether a credulous and inexperienced consumer, after first reading the Document, would have been under the general impression that the appellant had won the grand prize or would instead have understood that the respondents were merely offering him an opportunity to participate in a contest with a minute chance of winning a cash prize.

[82] The "real message" the respondents wanted to convey by sending the Document must be explained here. The sweepstakes in issue was a contest in which only one person would win the grand prize. To receive the prize, the person had to have the winning entry, return the reply coupon by the deadline and correctly answer a skill-testing question. Only one person had the winning entry, which had been selected before the mailings were sent. However, at the top of each recipient's document, the word "claim" appeared, followed by a combination of numbers and letters. In the event that the pre-selected winner failed to return the reply coupon, a draw would be held for the grand prize among all those who had returned it.

(1) La violation alléguée des art. 219 et 228 L.p.c.

[80] Les articles 219 et 228 *L.p.c.* prévoient ce qui suit :

219. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fautive ou trompeuse à un consommateur.

228. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important.

[81] En l'espèce, la contravention alléguée à l'art. 219 *L.p.c.* tiendrait au fait que le Document présente faussement l'appelant comme le gagnant du gros lot, tandis que la violation de l'art. 228 *L.p.c.* découlerait spécifiquement de l'omission des intimées de dévoiler dans le Document qu'il se pouvait que l'appelant ne soit pas le gagnant du gros lot. Ces deux allégations soulèvent donc la question de savoir si le consommateur crédule et inexpérimenté, après une première lecture du Document, aurait eu l'impression générale que l'appelant avait remporté le gros lot ou s'il aurait plutôt compris que les intimées lui offraient seulement la possibilité de participer à un concours, qui lui donnerait une chance infime de gagner un prix en argent.

[82] À ce stade, il convient de préciser le « vrai message » que les intimées ont voulu transmettre par l'envoi du Document. Le « *Sweepstakes* » en cause est un concours à l'issue duquel une seule personne gagnera le gros lot. Pour recevoir son prix, cette personne doit se faire attribuer le numéro gagnant (« *winning entry* »), retourner le coupon-réponse dans le délai fixé et répondre correctement à une question de connaissances générales (« *skill-testing question* »). Une seule personne détient le numéro gagnant qui a été choisi avant l'expédition des envois postaux. Cependant, chaque destinataire trouve, dans le haut de son document, le mot [TRADUCTION] « réclamation » (« *claim* ») suivie d'une combinaison de chiffres et de lettres. Le gros lot n'est tiré parmi toutes les personnes ayant retourné le coupon-réponse que si le gagnant présélectionné ne le retourne pas.

[83] According to the respondents, the average consumer would be capable of understanding the following after reading once through the documentation received by the appellant: (1) the appellant had received number GV1T7IU62; (2) that number was not necessarily the winning number; (3) if his number was not the pre-selected number, his chances of winning were extremely small; (4) for him to have any chance of winning, the holder of the winning entry would have to fail to return his or her reply coupon, in which case a random draw would be held among all those who had returned their own reply coupons by the deadline; and (5) in such a case, the appellant's odds of winning would be 1:120 million. The Court of Appeal accepted the respondents' argument on this point (para. 49).

[84] With respect, we find it hard to understand how a credulous and inexperienced consumer could deduce all this after reading the Document for the first time. The first sentence that leaps off the page is the following one, written in bold uppercase letters:

**OUR SWEEPSTAKES RESULTS ARE NOW FINAL:
MR JEAN MARC RICHARD HAS WON A CASH
PRIZE OF \$833,337.00!**

[85] The general impression conveyed by the Document is influenced by this sentence placed at the top of the Document. The average consumer would of course, assuming that he or she understood English, be capable of reading the words preceding that sentence: "If you have and return the Grand Prize winning entry in time and correctly answer a skill-testing question, we will officially announce that". However, it is unreasonable to assume that the average consumer would be particularly familiar with the special language or rules of such a sweepstakes and would clearly understand all the essential elements of the offer made to the appellant in this case. The Document's strange collection of affirmations and restrictions is not clear or intelligible enough to dispel the general impression conveyed by the most prominent sentences. On the contrary, it is highly likely that

[83] Selon les intimées, le consommateur moyen, après avoir lu une seule fois la documentation reçue par l'appelant, serait en mesure de comprendre ce qui suit : (1) l'appelant a reçu le numéro GV1T7IU62; (2) ce numéro n'est pas forcément le numéro gagnant; (3) si son numéro n'est pas le numéro présélectionné, alors ses chances de gagner sont infiniment minces; (4) pour qu'il détienne une chance de gagner, il faudrait que le détenteur du numéro gagnant ne retourne pas son coupon-réponse, auquel cas se tiendrait un tirage aléatoire entre toutes les personnes ayant retourné leur propre coupon-réponse dans le délai fixé; et (5) dans ce scénario, les chances de gagner de l'appelant seraient de 1/120 millions. La Cour d'appel a accepté sur ce point l'argument des intimées (par. 49).

[84] Avec égards pour l'opinion contraire, nous comprenons difficilement comment le consommateur crédule et inexpérimenté pourrait déduire tous ces éléments au terme d'une première lecture du Document. La première phrase qui saute aux yeux du lecteur est la suivante, écrite en majuscules et en caractères gras :

**[TRADUCTION] NOUS AVONS MAINTENANT LES
RÉSULTATS FINALS DU CONCOURS : M. JEAN
MARC RICHARD A GAGNÉ LA SOMME DE 833 337 \$
EN ARGENT COMPTANT!**

[85] L'impression générale donnée par le Document est conditionnée par cette phrase placée dans le haut de celui-ci. Bien sûr, à supposer qu'il comprenne l'anglais, le consommateur moyen peut lire les mots qui précèdent cette phrase, soit « *If you have and return the Grand Prize winning entry in time and correctly answer a skill-testing question, we will officially announce that* » ([TRADUCTION] « Si vous détenez le coupon de participation gagnant du Gros Lot et le retournez à temps, et si vous répondez correctement à une question de connaissances générales, nous annoncerons officiellement que »). Toutefois, il est déraisonnable de présumer que le consommateur moyen connaît le langage particulier ou les règles du jeu d'un tel concours sur le bout de ses doigts et qu'il saisirait bien tous les éléments essentiels de la proposition faite à l'appelant en

the average consumer would conclude that the appellant held the winning entry and had only to return the reply coupon to initiate the claim process. Indeed, the Document did not state anywhere that a winner had been pre-selected and that the appellant had received only a participation number. This information instead appeared on the return envelope that accompanied the Document, where the terms and conditions of the random draw were defined very vaguely in small print.

[86] Despite all the conditions laid down in the Document, on which the respondents placed great emphasis, a point was made in the Document of referring to the appellant as the sweepstakes winner. In the column on the left, he was listed with other winners — real or fictitious — and the entry contained the notation “PRIZE STATUS: AUTHORIZED FOR PAYMENT”. There were repeated indications that a cheque was about to be mailed to the appellant. He was also urged to put aside all his doubts and hurry to return the reply coupon, for otherwise he might lose everything! The reply coupon received by the appellant even referred to the number assigned to him as a “Prize Claim Number”, not as a contest participation number. It would be possible to continue this list of tricks used in writing and laying out the text for a long time.

[87] In our opinion, the trial judge did not err in finding that the Document was misleading. The Document conveyed the general impression that the appellant had won the grand prize. Even if it did not necessarily contain any statements that were actually false, the fact remains that it was riddled with misleading representations within the meaning of s. 219 *C.P.A.* Furthermore, the contest rules were not all apparent to someone reading the Document for the first time. These are important facts that the

l'espèce. Le curieux assemblage d'affirmations et de restrictions que contient le Document n'est pas suffisamment clair et intelligible pour dissiper l'impression générale donnée par ses phrases prédominantes. Au contraire, il est hautement probable que le consommateur moyen conclurait que l'appellant détient le numéro gagnant et qu'il lui suffit de retourner le coupon-réponse pour que la procédure de réclamation puisse s'enclencher. D'ailleurs, le Document n'indique nulle part qu'un gagnant a été présélectionné et que l'appellant n'a reçu qu'un numéro de participation. Cette information se retrouve plutôt sur l'enveloppe de retour accompagnant le Document, qui définit très vaguement, en petits caractères, les modalités du tirage aléatoire.

[86] Malgré toutes les conditions que pose le Document et dont les intimées font grand état, le Document prend soin de présenter l'appellant comme le gagnant du concours. Dans la colonne de gauche, on mentionne son nom aux côtés de ceux d'autres gagnants — réels ou fictifs — avec la mention [TRADUCTION] « CONFIRMATION DU PRIX : PAIEMENT AUTORISÉ ». Le Document martèle l'idée qu'un chèque est sur le point d'être posté à l'appellant. Plus encore, on l'exhorte à mettre tous ses doutes de côté et à se dépêcher à retourner le coupon-réponse, à défaut de quoi il risquera de tout perdre! Le coupon-réponse reçu par l'appellant renvoie même au numéro qui lui a été attribué comme à un [TRADUCTION] « numéro de réclamation du prix », c'est-à-dire un numéro lui permettant de réclamer son prix, et non pas un numéro de participation à un concours. La liste de ces artifices de rédaction et de présentation pourrait se poursuivre longuement.

[87] À notre avis, la juge de première instance n'a commis aucune erreur dans son appréciation du caractère trompeur du Document. Celui-ci donne effectivement l'impression générale que l'appellant a gagné le gros lot. Même si le Document ne contient pas nécessairement d'énoncés qui sont littéralement faux, il reste qu'il est truffé de représentations trompeuses au sens de l'art. 219 *L.p.c.* De plus, les règles du concours n'apparaissent pas toutes d'une première lecture du Document. Il s'agit

respondents were required to mention. As a result, the respondents also violated s. 228 *C.P.A.*

(2) Alleged Violation of Section 238(c) *C.P.A.*

[88] Section 238(c) reads as follows:

238. No merchant, manufacturer or advertiser may, falsely, by any means whatever,

. . .

(c) state that he has a particular status or identity.

[89] In our opinion, Chamberland J.A. rightly concluded that the respondents had not contravened s. 238(c) of the *C.P.A.* in this case. The Document contained no false representations concerning the respondents' status or identity. It can be understood from a single reading that the Document was from the respondents and that they did not claim to have a particular status or identity that they did not actually have. As the Court of Appeal found, using a fictitious person, Elizabeth Matthews, as the signer of the Document did not constitute a prohibited practice under s. 238(c) *C.P.A.*

D. *Recourse Provided for in Section 272 C.P.A.: Conditions for Exercising the Recourse and Criteria for Granting Remedies*

[90] Our conclusion that the Document contained representations contrary to ss. 219 and 228 *C.P.A.* logically leads us to the question of the appropriate remedy in this case. The appellant submits that he is entitled to be awarded the equivalent of nearly US\$1 million in punitive damages under s. 272 *C.P.A.* The respondents not only contend that he is not so entitled, but also deny that the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* can be exercised by a consumer to sanction a prohibited practice. This objection raised by the respondents revives a debate between Quebec authors that has been under way since the early 1980s and that this Court must now try to settle.

là de faits importants que les intimées ne pouvaient passer sous silence. Par voie de conséquence, les intimées ont aussi contrevenu à l'art. 228 *L.p.c.*

(2) La contravention alléguée à l'al. 238c) *L.p.c.*

[88] L'alinéa 238c) prévoit :

238. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit :

. . .

c) déclarer comme sien un statut ou une identité.

[89] À notre avis, le juge Chamberland a eu raison de conclure que les intimées n'avaient pas contrevenu à l'al. 238c) *L.p.c.* en l'espèce. Le Document ne contient aucune représentation fautive quant au statut ou à l'identité des intimées. Une seule lecture suffit pour comprendre qu'il émane des intimées, et que celles-ci ne déclarent pas posséder un statut ou une identité qu'elles n'ont pas en réalité. Comme l'a conclu la Cour d'appel, le fait d'utiliser une personne fictive, en l'occurrence Elizabeth Matthews, comme signataire du Document ne constitue pas une pratique interdite par l'al. 238c) *L.p.c.*

D. *Le recours prévu à l'art. 272 L.p.c. : ses conditions d'ouverture et les critères d'octroi des mesures de réparation*

[90] La conclusion que le Document contient des représentations qui contreviennent aux art. 219 et 228 *L.p.c.* nous amène logiquement à l'examen de la réparation appropriée en l'espèce. L'appelant prétend qu'il a le droit d'obtenir, aux termes de l'art. 272 *L.p.c.*, l'équivalent de près d'un million de dollars américains en dommages-intérêts punitifs. Les intimées contestent non seulement ce droit, mais nient au surplus que le recours prévu à l'art. 272 *L.p.c.* puisse être utilisé par un consommateur afin de sanctionner une pratique interdite. Cette objection soulevée par les intimées ravive une controverse doctrinale qui dure au Québec depuis le début des années 1980. Il appartient maintenant à notre Cour de tenter d'y mettre un terme.

(1) Section 272 C.P.A. and Sanctioning Prohibited Practices

[91] Section 272 C.P.A. reads as follows:

272. If the merchant or the manufacturer fails to fulfil an obligation imposed on him by this Act, by the regulations or by a voluntary undertaking made under section 314 or whose application has been extended by an order under section 315.1, the consumer may demand, as the case may be, subject to the other recourses provided by this Act,

- (a) the specific performance of the obligation;
- (b) the authorization to execute it at the merchant's or manufacturer's expense;
- (c) that his obligations be reduced;
- (d) that the contract be rescinded;
- (e) that the contract be set aside; or
- (f) that the contract be annulled,

without prejudice to his claim in damages, in all cases. He may also claim punitive damages.

[92] For many years now, the Quebec courts have held that s. 272 C.P.A. can be applied to sanction prohibited practices used by merchants and manufacturers (see, *inter alia*, *Chrysler Canada Ltée v. Poulin*, 1988 CanLII 1001 (C.A.); *A.C.E.F. Sud-Ouest de Montréal v. Arrangements alternatifs de crédit du Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 114 (Sup. Ct.); *Beauchamp v. Relais Toyota inc.*, [1995] R.J.Q. 741 (C.A.); and *Centre d'économie en chauffage Turcotte inc. v. Ferland*, [2003] J.Q. n° 18096 (QL) (C.A.)). Defendants in proceedings under s. 272 C.P.A., and in class actions in particular, nevertheless argued that this provision should not apply to allegations of violations of Title II of the Act (see, e.g., *9029-4596 Québec inc. v. Duplantie*, [1999] R.J.Q. 3059 (C.Q.)). But the Court of Appeal reiterated in *Brault & Martineau* that s. 272 does apply to such violations. In that case, Duval Hesler J.A. stated that [TRANSLATION] "I believe it has been clearly established that sanctions for prohibited practices within the meaning of the CPA cannot be limited to the recourse provided for in s. 253 of that Act" (para. 40),

(1) L'article 272 L.p.c. et la sanction des pratiques interdites

[91] L'article 272 L.p.c. prévoit :

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas :

- a) l'exécution de l'obligation;
- b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant;
- c) la réduction de son obligation;
- d) la résiliation du contrat;
- e) la résolution du contrat; ou
- f) la nullité du contrat,

sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.

[92] Les tribunaux du Québec considèrent depuis de nombreuses années que l'art. 272 L.p.c. permet de sanctionner les pratiques interdites commises par les commerçants et fabricants (voir notamment *Chrysler Canada Ltée c. Poulin*, 1988 CanLII 1001 (C.A.); *A.C.E.F. Sud-Ouest de Montréal c. Arrangements alternatifs de crédit du Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 114 (C.S.); *Beauchamp c. Relais Toyota inc.*, [1995] R.J.Q. 741 (C.A.); et *Centre d'économie en chauffage Turcotte inc. c. Ferland*, [2003] J.Q. n° 18096 (QL) (C.A.)). Malgré cette jurisprudence, la contestation de poursuites intentées en vertu de l'art. 272 L.p.c., notamment dans le cadre de recours collectifs, s'est accompagnée d'une remise en question de l'applicabilité de cette disposition aux allégations de contraventions aux prescriptions du titre II de la loi (voir, p. ex., *9029-4596 Québec inc. c. Duplantie*, [1999] R.J.Q. 3059 (C.Q.)). Toutefois, la Cour d'appel a réitéré dans l'arrêt *Brault & Martineau inc.* que l'art. 272 était applicable aux violations du titre II de la loi. Dans ce jugement, la juge Duval Hesler a affirmé : « Il me semble clairement établi que la sanction d'une

that is, the recourses available in the general law.

[93] Despite this case law, the respondents argue that s. 272 *C.P.A.* does not apply to prohibited practices. They submit that the sole purpose of that provision is to sanction failures by merchants and manufacturers to fulfil the contractual obligations imposed on them by Title I of the *C.P.A.* According to the respondents, the use of a prohibited practice is an offence that can be sanctioned only under the *C.P.A.*'s penal provisions.

[94] The respondents rely on a view long advocated by Professor L'Heureux. In a former edition of her treatise entitled *Droit de la consommation*, she wrote the following at p. 358:

[TRANSLATION] Moreover, section 272 does not constitute a sanction for prohibited practices, since such practices are not obligations imposed by the Act. It must be recognized that the business practices in question in Title II are, first and foremost, offences that are matters of directive public order . . . They are prohibitions that are sanctioned mainly through penal proceedings.

(See also N. L'Heureux, "L'interprétation de l'article 272 de la Loi sur la protection du consommateur" (1982), 42 *R. du B.* 455.)

[95] Not all the authors agree with Professor L'Heureux's view. A review of the literature published in Quebec on this question even suggests that it is a minority view. Some authors have taken the position that a literal reading of s. 272 *C.P.A.* does not support limiting the obligations to which it refers to certain specific "duties" imposed by Title I of the Act. In their opinion, the words "obligation imposed on him by this Act" apply to the obligations established in both Title I and Title II of the *C.P.A.* (see, *inter alia*, F. Lebeau, "La publicité et la protection des consommateurs" (1981), 41 *R. du B.* 1016, at p. 1039; C.-R. Dumais, "Une étude des tenants et aboutissants des articles 271 et 272 de la Loi sur la protection du consommateur"

pratique interdite au sens de la LPC ne saurait se limiter au seul recours prévu à l'article 253 de la loi » (par. 40), c'est-à-dire aux recours prévus par le droit commun.

[93] Malgré cette jurisprudence, les intimées plaident que l'art. 272 *L.p.c.* ne s'applique pas aux pratiques interdites. Elles affirment que cette disposition vise uniquement à sanctionner les manquements des commerçants et des fabricants aux obligations contractuelles qui leur incombent en vertu du titre I de la *L.p.c.* Selon les intimées, la commission d'une pratique interdite constituerait une infraction que seules les dispositions pénales de la *L.p.c.* permettraient de sanctionner.

[94] Les intimées s'appuient sur l'opinion qu'a défendue longtemps la professeure L'Heureux. Dans une édition antérieure de son traité *Droit de la consommation*, elle écrivait à la p. 358 :

Par ailleurs, l'article 272 ne constitue pas la sanction des pratiques interdites puisqu'il ne s'agit pas d'obligations que la Loi impose. Il faut constater que les pratiques commerciales du titre II sont d'abord des infractions qui relèvent de l'ordre public de direction [. . .] Ce sont des interdictions principalement sanctionnées pénalement.

(Voir aussi N. L'Heureux, « L'interprétation de l'article 272 de la Loi sur la protection du consommateur » (1982), 42 *R. du B.* 455.)

[95] Cette opinion de la professeure L'Heureux n'a pas fait l'unanimité dans la doctrine. Une revue des commentaires publiés au Québec sur cette question suggère même que son point de vue est demeuré minoritaire. Selon d'autres auteurs, une lecture littérale de l'art. 272 *L.p.c.* ne permet pas de réduire les obligations auxquelles il renvoie à certains « devoirs » spécifiques imposés par le titre I de la loi. À leur avis, les termes « obligation que lui impose la présente loi » s'appliquent indistinctement aux obligations contenues aux titres I et II de la *L.p.c.* (voir notamment F. Lebeau, « La publicité et la protection des consommateurs » (1981), 41 *R. du B.* 1016, p. 1039; C.-R. Dumais, « Une étude des tenants et aboutissants des articles 271 et 272 de la

(1985), 26 *C. de D.* 763, at p. 775; Masse, at p. 835; and D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at p. 316).

[96] The most thorough critique of Professor L'Heureux's view has come from Professor Pauline Roy. According to Professor Roy, to exclude the prohibitions set out in Title II of the *C.P.A.* from the application of s. 272 *C.P.A.* is to forget that in Quebec civil law, the failure to fulfil an obligation not to do something can trigger civil liability in the same way as the failure to fulfil an obligation to do something. For this reason, she does not believe that [TRANSLATION] "the [legislature's] choice of a negative wording to describe the obligation not to mislead and not to engage in unfair practices to induce consumers to enter into contracts can have the effect of depriving consumers of the civil recourses specifically provided for in the *Consumer Protection Act*" (P. Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, doctoral thesis (1995), at p. 476).

[97] Professor Roy also advances arguments related to the general interest and the objectives of the *C.P.A.* If the contrary view were to prevail, she says, it would have to be concluded that the Quebec legislature intended to prevent consumers from claiming punitive damages from merchants or manufacturers who had engaged in practices prohibited by the Act. In her view, such an outcome would be inconsistent with the role the legislature intended for Title II of the *C.P.A.* She explains this as follows:

[TRANSLATION] To accept that the recourse in exemplary damages is unavailable where merchants engage in prohibited practices would have consequences that the legislature certainly did not intend, especially given that such practices are generally fraudulent and often involve trifling amounts. Consumers are thus disinclined to sue, yet such conduct can, when all is said and done, be a significant source of profit for merchants. If an award of exemplary damages is unavailable, therefore, merchants will, given that the risk of being sued is minimal, keep a large share of the profits derived from their fraudulent conduct. It must be asked how it can be logical for a merchant who engages in fraudulent

Loi sur la protection du consommateur » (1985), 26 *C. de D.* 763, p. 775; Masse, p. 835; et D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), p. 316).

[96] La critique la plus complète de l'opinion de la professeure L'Heureux sur cette question a été l'œuvre de la professeure Pauline Roy. Selon cette dernière, en soustrayant les interdictions contenues au titre II de la *L.p.c.* à l'application de l'art. 272 *L.p.c.*, on oublie qu'en droit civil québécois, le manquement à une obligation de ne pas faire peut engendrer la responsabilité civile de son auteur au même titre que la violation d'une obligation de faire. Pour cette raison, elle ne croit pas que « le fait [pour le législateur] d'avoir choisi la forme négative pour décrire l'obligation de ne pas tromper ou de ne pas avoir recours à des pratiques déloyales pour inciter les consommateurs à conclure des contrats puisse avoir pour effet de priver le consommateur des recours civils spécifiquement prévus à la *Loi sur la protection du consommateur* » (P. Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat (1995), p. 476).

[97] La professeure Roy invoque également des arguments liés à l'intérêt général et aux objectifs poursuivis par la *L.p.c.* Si l'opinion contraire prévalait, il faudrait conclure que le législateur québécois a voulu empêcher le consommateur de réclamer des dommages-intérêts punitifs lorsqu'un commerçant ou un fabricant a commis des pratiques interdites par la loi. À son avis, un tel résultat n'est pas conforme au rôle que le législateur a voulu attribuer au titre II de la *L.p.c.* Elle explique :

Accepter que la commission de pratiques interdites ne donne pas ouverture au recours en dommages exemplaires entraînerait des conséquences que le législateur n'a certes pas voulues, surtout lorsque l'on sait que la commission de telles pratiques est généralement dolosive et implique souvent des montants dérisoires. Les consommateurs sont alors peu enclins à poursuivre, alors qu'au total ce comportement peut constituer une importante source de profit pour le commerçant. En l'absence d'une condamnation à des dommages exemplaires, les risques de poursuite étant minimes, le commerçant conserve donc une part importante du bénéfice retiré de sa conduite dolosive. Il importe de se demander

practices to be shielded from an award of exemplary damages even though such a sanction can be imposed on someone who violates the Act's other provisions without any malicious intent. [Emphasis added; p. 476.]

[98] In our opinion, Professor Roy's view on this point is persuasive. Section 272 *C.P.A.* begins with the following words: "If the merchant or the manufacturer fails to fulfil an obligation imposed on him by this Act". It refers, without distinction, to obligations imposed "by this Act". Read literally, this section thus requires that all the obligations merchants and manufacturers have under the *C.P.A.* be taken into account. This undoubtedly includes the obligations in Title II related to business practices. Therefore, the language of s. 272 *C.P.A.* does not support the distinction proposed by Professor L'Heureux between "obligations imposed by the Act" and "prohibitions". If the legislature had intended the word "obligation" in s. 272 *C.P.A.* to mean something other than what it means in Quebec civil law, it would have said so. It must therefore be concluded that the legislature's intention was that a civil sanction for prohibited practices would also be available under s. 272 *C.P.A.*

[99] This conclusion is consistent with the Quebec legislature's general objectives in this area. The purpose of the *C.P.A.* is above all to purge business practices in order to protect consumers as fully as possible. To this end, the legislature has included in the *C.P.A.* administrative, civil and penal sanctions that jointly make up the Act's enforcement mechanism. The interpretation advocated by the respondents in this case would greatly reduce the Act's effectiveness by inappropriately limiting the role of consumers in ensuring the achievement of its objectives. From this standpoint, it is preferable to involve consumers, within a well-defined framework, in the pursuit of the legislative objectives associated with the prohibition of certain business practices. The public interest is thus better served, since consumers can actively contribute to the enforcement of legislation that is designed to protect them and can make up for any inadequacies

en vertu de quelle logique un commerçant ayant recours à des pratiques frauduleuses peut être à l'abri d'une condamnation à des dommages exemplaires, alors que celui qui contrevient aux autres dispositions de la loi, sans intention malicieuse, est susceptible de se voir imposer une telle sanction? [Nous soulignons; p. 476.]

[98] L'opinion de la professeure Roy nous semble convaincante sur ce point. En effet, le texte de l'art. 272 *L.p.c.* commence par les mots suivants : « Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi ». Cette disposition renvoie aux obligations imposées par « la présente loi », sans distinction aucune. Une lecture textuelle de cet article commande donc la prise en compte de toutes les obligations qui incombent aux commerçants ou aux fabricants en vertu de la *L.p.c.* Cela comprend sans aucun doute les obligations contenues au titre II de la loi qui portent sur les pratiques de commerce. Ainsi, le texte de l'art. 272 *L.p.c.* n'autorise pas la distinction proposée par la professeure L'Heureux entre « obligations imposées par la loi » et « interdictions ». Si le législateur avait souhaité s'écarter, à l'art. 272 *L.p.c.*, du sens donné au mot « obligation » en droit civil québécois, il l'aurait fait expressément. Il faut donc conclure que le législateur a voulu que l'art. 272 *L.p.c.* puisse permettre aussi une sanction civile des pratiques interdites.

[99] Cette conclusion respecte les objectifs généraux poursuivis par le législateur québécois en la matière. La *L.p.c.* vise au premier chef à assainir les pratiques commerciales afin de protéger le consommateur le plus adéquatement possible. Pour ce faire, le législateur a assorti la *L.p.c.* de sanctions administratives, civiles et pénales qui, conjointement, constituent le « bras armé » de la loi. Or, l'interprétation défendue par les intimés en l'espèce réduirait considérablement l'efficacité de la loi, en limitant à tort le rôle joué par les consommateurs dans la mise en œuvre de ses objectifs. Dans cette perspective, il est préférable d'associer, à l'intérieur d'un cadre bien défini, les consommateurs à la mise en œuvre des objectifs législatifs de l'interdiction de certaines pratiques de commerce. L'intérêt public se trouve alors mieux protégé puisque les consommateurs peuvent contribuer activement au respect d'une législation visant

in government intervention (E. P. Belobaba, “Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection” (1977), 15 *Osgoode Hall L.J.* 327, at pp. 356-57).

[100] In our opinion, s. 272 *C.P.A.* establishes a legislative scheme that makes it possible, *inter alia*, to sanction prohibited practices by means of civil proceedings instituted by consumers. However, it is important that this be done in accordance with the principles governing the application of the *C.P.A.* and, where applicable, the rules of the general law. We will therefore now turn to the conditions for implementing this type of sanction.

(2) Legal Interest Under Section 272 *C.P.A.*

[101] Section 272 *C.P.A.* provides that “the consumer may demand, . . . subject to the other recourses provided by this Act”. This wording raises the following question: Does the consumer referred to in s. 272 *C.P.A.* have to be a natural person who has a contractual relationship with a merchant or a manufacturer?

[102] The *C.P.A.* does not expressly define the consumer as a natural person who has entered into a contract governed by the Act. According to s. 1(e) *C.P.A.*, a consumer is “a natural person, except a merchant who obtains goods or services for the purposes of his business”. At first glance, therefore, it might be thought that the “consumer” referred to in s. 272 *C.P.A.* need not have a contractual relationship with a merchant or a manufacturer to be found to have the legal interest required to institute proceedings under that provision. This view appears to be reinforced by s. 217 *C.P.A.*, which provides that “[t]he fact that a prohibited practice has been used is not subordinate to whether or not a contract has been made”. This is the gist of the position taken by the appellant on this question (transcript, at pp. 26-27).

[103] This position is undeniably based on a large and liberal conception of the role of consumer

à les protéger et suppléer, le cas échéant, aux insuffisances des interventions de l’État (E. P. Belobaba, « Unfair Trade Practices Legislation : Symbolism and Substance in Consumer Protection » (1977), 15 *Osgoode Hall L.J.* 327, p. 356-357).

[100] À notre avis, l’art. 272 *L.p.c.* met en place un régime législatif qui permet notamment de sanctionner les pratiques interdites dans le cadre de poursuites civiles intentées par les consommateurs. Toutefois, il importe que cette sanction s’exerce conformément aux principes régissant l’application de la *L.p.c.* et, le cas échéant, aux règles du droit commun. Nous passerons donc à l’examen des conditions de mise en œuvre de ce type de sanction.

(2) L’intérêt juridique pour agir en vertu de l’art. 272 *L.p.c.*

[101] L’article 272 *L.p.c.* dispose que « le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander ». Cette rédaction soulève la question suivante : le consommateur visé par l’art. 272 *L.p.c.* est-il nécessairement une personne physique engagée dans une relation contractuelle avec un commerçant ou un fabricant?

[102] La *L.p.c.* ne définit pas expressément le consommateur comme une personne physique ayant conclu un contrat régi par la loi. Selon l’al. 1e) *L.p.c.*, le consommateur est « une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ». À première vue, on pourrait donc penser qu’un lien contractuel entre « le consommateur » visé par l’art. 272 *L.p.c.* et un commerçant ou un fabricant n’est pas nécessaire pour que lui soit reconnu l’intérêt juridique pour intenter une poursuite en vertu de cette disposition. La présence de l’art. 217 *L.p.c.*, portant que « [l]a commission d’une pratique interdite n’est pas subordonnée à la conclusion d’un contrat » conforterait cette opinion. C’est, dans ses grandes lignes, la position adoptée par l’appelant sur cette question (transcription d’audience, p. 26-27).

[103] Cette position procède indéniablement d’une conception large et libérale du rôle de la

protection legislation, and specifically that of s. 272 *C.P.A.* The case law of the Quebec Court of Appeal confirms that such a conception is necessary to fully achieve the legislature's objectives in this area. For example, in *Nichols*, Gendreau J.A. noted that s. 272 *C.P.A.* must be [TRANSLATION] "interpreted liberally in order to give full effect to this Act and ensure that it achieves its purpose in a manner consistent with the principles that underlie it, while at the same time complying with legal rules" (p. 750).

[104] However, even a large and liberal principle of interpretation cannot justify overlooking the rules that are laid down in the Act to govern its application. One of those rules is found in s. 2 of the Act, which determines the general scope of the *C.P.A.*, providing that "[t]his Act applies to every contract for goods or services entered into between a consumer and a merchant in the course of his business". Section 2 *C.P.A.* establishes the basic principle that a consumer contract must exist for the Act to apply, except in the specific case of the Act's penal provisions. Professor Masse explains this as follows:

[TRANSLATION] Generally speaking, five conditions must be met for the *C.P.A.* to apply:

- 1 – A contract must be entered into by the parties;
- 2 – One of the parties to the contract must be a "consumer";
- 3 – One of the parties must be a "merchant";
- 4 – The "merchant" must be acting in the course of his or her business; and
- 5 – The contract must be for goods or services. [p. 72]

[105] If ss. 1(e) and 2 *C.P.A.* are read together, it must be concluded that the recourse under s. 272 *C.P.A.* is available only to natural persons who have entered into a contract governed by the Act with a merchant or a manufacturer. A natural

législation en matière de protection du consommateur, et plus spécifiquement de celui de l'art. 272 *L.p.c.* La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec confirme d'ailleurs qu'une telle conception est nécessaire à la pleine réalisation des objectifs du législateur en la matière. Ainsi, dans l'arrêt *Nichols*, le juge Gendreau a rappelé que l'art. 272 *L.p.c.* doit être « interprété libéralement de manière à donner à cette loi plein effet et lui faire rencontrer son objet, conformément aux principes qui la sous-tendent tout en respectant les règles de droit » (p. 750).

[104] Toutefois, même un principe d'interprétation large et libérale de la loi ne saurait justifier l'oubli des règles qu'elle édicte, afin d'encadrer son application. L'une de ces règles est contenue à l'art. 2 de la loi. Cette disposition, qui régit le champ d'application général de la *L.p.c.*, prévoit que « [l]a présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service ». L'article 2 *L.p.c.* pose le principe fondamental que l'existence d'un contrat de consommation représente la condition nécessaire à l'application de la loi, sous réserve du cas particulier des dispositions pénales prévu par la *L.p.c.* À ce sujet, le professeur Masse a expliqué ce qui suit :

De façon générale, cinq conditions sont nécessaires pour que l'on se trouve dans le champ d'application de la *L.P.C.* :

- 1 – Un contrat doit être passé entre les parties;
- 2 – Une des parties à ce contrat doit être un « consommateur »;
- 3 – Une des parties doit être un « commerçant »;
- 4 – Le « commerçant » doit agir dans le cours de son commerce et
- 5 – Le contrat doit avoir pour objet un bien ou un service. [p. 72]

[105] La lecture croisée de l'al. 1e) et de l'art. 2 *L.p.c.* impose la conclusion suivante : le recours prévu à l'art. 272 *L.p.c.* n'est ouvert qu'aux personnes physiques ayant conclu avec un commerçant ou un fabricant un contrat régi par la loi. En effet, une

person who has not entered into such a consumer contract cannot be considered a “consumer” within the meaning of s. 272 *C.P.A.*

[106] The fact that advertising companies are not referred to in s. 272 *C.P.A.* also confirms that legal interest under that provision depends on the existence of a contract to which the Act applies. This legislative choice is no doubt attributable to the fact that advertisers have no contractual relationship with consumers, so they are not in a position to enrich themselves at the expense of consumers when they contribute to the use of prohibited practices. In this context, it is not surprising that the legislature has chosen not to make the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* available to hold advertisers liable to consumers for violations of the *C.P.A.*

[107] Contrary to the appellant’s arguments, the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* is therefore not available to a natural person who has not entered into a contract for goods or services to which the Act applies with a merchant or a manufacturer. In this sense, the fact that a natural person read a representation that constitutes a prohibited practice is not enough for that person to have the legal interest required to institute civil proceedings under that provision. As Professor Roy has noted, only a natural person who has been the “victim” of a prohibited practice can institute proceedings to have the practice sanctioned by a civil court (p. 474). To be clear, this means that a consumer must have entered into a contractual relationship with a merchant or a manufacturer to be able to exercise the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* against the person who engaged in the prohibited practice.

[108] Nevertheless, there is an important point with regard to legal interest that needs to be clarified. A consumer contract is not necessarily formed at the precise time when the consumer purchases or obtains goods or services. In Quebec civil law, a contract is formed when the acceptance of an offer to contract is received by the offeror (art. 1387 *C.C.Q.*). If a representation concerning

personne physique qui n’a pas conclu un tel contrat de consommation ne peut être considérée comme un « consommateur » au sens de l’art. 272 *L.p.c.*

[106] L’exclusion des entreprises de publicité du libellé de l’art. 272 *L.p.c.* confirme aussi que l’intérêt juridique pour agir en vertu de cette disposition dépend de l’existence d’un contrat visé par la loi. Ce choix législatif est sans doute attribuable au fait que les publicitaires n’entretiennent aucune relation contractuelle avec les consommateurs. Ils ne se trouvent donc pas dans une position qui leur permet de s’enrichir aux dépens des consommateurs lorsqu’ils contribuent à la commission de pratiques interdites. Dans ce contexte, il n’est pas surprenant que le législateur ait choisi, dans le cadre du recours prévu à l’art. 272 *L.p.c.*, de ne pas rendre les publicitaires responsables de leurs violations de la *L.p.c.* envers les consommateurs.

[107] Contrairement aux prétentions de l’appellant, le recours prévu à l’art. 272 *L.p.c.* n’est donc pas ouvert à une personne physique qui n’a pas contracté avec un commerçant ou un fabricant relativement à un bien ou un service visé par la loi. En ce sens, il ne suffit pas qu’une personne physique ait pris connaissance d’une représentation qui constitue une pratique interdite pour disposer de l’intérêt juridique pour engager une poursuite civile en vertu de cette disposition. Comme la professeure Roy l’a souligné, seule la personne physique qui a été « victime » d’une pratique interdite peut ester en justice afin de la faire sanctionner par un tribunal siégeant en matière civile (p. 474). En termes clairs, cela signifie que le consommateur doit s’être engagé dans une relation contractuelle avec un commerçant ou un fabricant pour exercer le recours prévu à l’art. 272 *L.p.c.* à l’encontre de l’auteur de la pratique interdite.

[108] Il importe néanmoins de préciser un aspect important du problème de l’intérêt juridique. Un contrat de consommation n’est pas nécessairement formé au seul moment où le consommateur achète ou se procure un bien ou un service. En droit civil québécois, un contrat est formé dès lors que l’offrant reçoit l’acceptation d’une offre de contracter (art. 1387 *C.c.Q.*). Dans la mesure

goods or services constitutes an offer under civil law rules, it can be concluded, subject to the formal requirements imposed by the *C.P.A.* on the undertakings to which it applies, that a consumer contract is formed at the moment when a merchant or one of the merchant's employees receives from a consumer the manifestation of his or her wish to accept that offer. However, s. 54.1 *C.P.A.* provides that every distance contract is deemed to be entered into at the consumer's address. Although the consumer's acceptance of the offer must always be assessed contextually, it remains distinct from the conclusion of the juridical operation envisaged by the parties (art. 1386 *C.C.Q.*). The performance of prestations does not coincide with, but rather results from, the formation of the contract.

[109] Despite the limits to which the recourse provided for in s. 272 are subject as a result of the rules on the legal interest required by the *C.P.A.*, it must be borne in mind that the Act provides for other recourses for its enforcement.

[110] In the instant case, whether the sending of a reply coupon (or the receipt of the coupon by the respondents) resulted in the formation of a contract for participation in a sweepstakes could be debated at length. Was it impossible for a contract to be formed because there was no agreement on its object within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.*? Did the parties enter into a contract and, if so, could it be annulled owing to the respondents' fraud? At the very least, the parties entered into a contract for a subscription to *Time* magazine. In this Court, the respondents emphasized the fact that, according to the Superior Court, the appellant understood that participating in the sweepstakes and subscribing to the magazine were separate undertakings. When the question is whether a consumer has the interest required to institute proceedings under s. 272 *C.P.A.*, however, the two undertakings are linked. Logically, one depends on the other. Moreover, a contract for a magazine subscription is a contract to which the *C.P.A.* applies. As a result, in these circumstances, the appellant had the interest required to take action against the respondents and his action was properly brought.

où les représentations effectuées à l'égard d'un bien ou d'un service constituent une offre selon les règles du droit civil, et sous réserve du formalisme imposé par la *L.p.c.* aux engagements qu'elle régit, on peut conclure qu'un contrat de consommation est formé au moment où un commerçant ou l'un de ses employés reçoit d'un consommateur la manifestation de son désir d'accepter cette offre. Cependant, selon l'art. 54.1 *L.p.c.*, le contrat conclu à distance sera toujours réputé conclu à l'adresse du consommateur. Bien que l'acceptation de l'offre par le consommateur doive toujours être appréciée de façon contextuelle, cette acceptation demeure distincte de la conclusion de l'opération juridique envisagée par les parties (art. 1386 *C.c.Q.*). L'exécution des prestations ne se confond pas avec la conclusion du contrat, mais découle de celle-ci.

[109] Malgré les restrictions auxquelles les règles relatives à l'intérêt juridique exigé par la *L.p.c.* assujettissent le recours prévu à l'art. 272, on se souviendra toujours que d'autres recours sont prévus dans la loi pour en assurer le respect.

[110] En l'espèce, on pourrait discuter longtemps quant à savoir si l'envoi d'un coupon-réponse (ou la réception de celui-ci par les intimées) a permis la formation d'un contrat relatif à la participation à un concours. La formation du contrat aurait-elle été rendue impossible par l'absence d'accord sur l'objet de la convention, au sens de l'art. 1412 *C.c.Q.*? Un contrat aurait-il été conclu, mais aurait-il été annulable en raison du dol des intimées? Quoi qu'il en soit, il s'est au moins conclu un contrat d'abonnement à la revue *Time*. Devant notre Cour, les intimées ont insisté sur le fait que, selon la Cour supérieure, l'appellant avait compris que la participation au concours et l'abonnement constituaient des engagements distincts. Cependant, lorsqu'il s'agit de déterminer si le consommateur possède l'intérêt requis pour intenter une poursuite en vertu de l'art. 272 *L.p.c.*, les deux engagements demeurent liés. Logiquement, l'un dépendait de l'autre. De plus, un contrat d'abonnement à une revue demeure un contrat régi par la *L.p.c.* En conséquence, dans ces circonstances, l'appellant avait l'intérêt requis pour prendre action contre les intimées et sa demande en justice a été régulièrement formée.

(3) Remedies Available Under Section 272 C.P.A.

[111] The recourse provided for in s. 272 C.P.A. must be exercised in accordance with the specific principles governing consumer law in Quebec and, where applicable, the general rules of the civil law. We must now explain how these principles relate to the application of s. 272 C.P.A.

(a) *Contractual Remedies*

[112] Subject to the other recourses provided for in the C.P.A., a consumer with the necessary legal interest can institute proceedings under s. 272 C.P.A. to have the court sanction a failure by a merchant or a manufacturer to fulfil an obligation imposed on the merchant or manufacturer by the C.P.A., by the regulations made under the C.P.A. or by a voluntary undertaking. The Court of Appeal has correctly confirmed that the recourse provided for in s. 272 C.P.A. is based on the premise that any failure to fulfil an obligation imposed by the Act gives rise to an absolute presumption of prejudice to the consumer. In *Nichols*, Gendreau J.A. stressed that [TRANSLATION] “a merchant sued under s. 272 cannot have the action dismissed by raising the defence that the consumer suffered no prejudice” (p. 749). The recourse provided for in s. 272 C.P.A. thus differs from the one provided for in s. 271 C.P.A. Section 271 C.P.A. sanctions the violation of certain rules governing the formation of consumer contracts, whereas the purpose of s. 272 C.P.A. is not simply to sanction violations of formal requirements of the Act, but to sanction all violations that are prejudicial to the consumer (*Boissonneault v. Banque de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2622 (C.A.)).

[113] There are basically two types of obligations that can result in a sanction under s. 272 C.P.A. if not fulfilled. First, the C.P.A. imposes a range of statutory contractual obligations on merchants and manufacturers that are set out primarily in Title I of the Act. Proof that one of these substantive rules has been violated entitles a consumer, without

(3) Les mesures de réparation disponibles en vertu de l’art. 272 L.p.c.

[111] Le recours prévu à l’art. 272 L.p.c. doit être exercé conformément aux principes spécifiques régissant le droit de la consommation au Québec et, le cas échéant, aux règles générales du droit civil. Il convient maintenant d’expliquer comment ces principes s’appliquent dans la mise en œuvre de l’art. 272 L.p.c.

a) *Les mesures de réparation contractuelles*

[112] Dans la mesure où il possède l’intérêt juridique requis, un consommateur peut, sous réserve des autres recours prévus par la loi, intenter une poursuite en vertu de l’art. 272 L.p.c. afin de faire sanctionner la violation par un commerçant ou un fabricant d’une obligation que lui impose la L.p.c., un règlement adopté en vertu de celle-ci ou un engagement volontaire. La jurisprudence de la Cour d’appel confirme à juste titre que le recours prévu à l’art. 272 L.p.c. est fondé sur la prémisse que tout manquement à une obligation imposée par la loi entraîne l’application d’une présomption absolue de préjudice pour le consommateur. Dans l’arrêt *Nichols*, le juge Gendreau a souligné que « le commerçant poursuivi selon l’article 272 ne peut offrir la défense d’absence de préjudice subi par le consommateur pour faire rejeter l’action » (p. 749). Le recours prévu à l’art. 272 L.p.c. diffère en cela de celui qu’établit l’art. 271 L.p.c. En effet, cette dernière disposition sanctionne la transgression de certaines règles de formation du contrat de consommation. Par contraste, l’art. 272 L.p.c. ne vise pas simplement à sanctionner les manquements à des exigences formelles de la loi, mais toutes les violations préjudiciables au consommateur (*Boissonneault c. Banque de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2622 (C.A.)).

[113] La nature des obligations dont la violation peut être sanctionnée par le biais de l’art. 272 L.p.c. est essentiellement de deux ordres. La L.p.c. impose d’abord aux commerçants et aux fabricants un éventail d’obligations contractuelles de source légale. Ces obligations se retrouvent principalement au titre I de la loi. La preuve de la violation de l’une

having to meet any additional requirements, to obtain one of the contractual remedies provided for in s. 272 *C.P.A.* As Rousseau-Houle J.A. stated in *Beauchamp*, [TRANSLATION] “[t]he legislature has adopted an absolute presumption that a failure by the merchant or manufacturer to fulfil any of these obligations causes prejudice to the consumer, and it has provided the consumer with the range of recourses set out in s. 272” (p. 744). It is up to the consumer to choose the remedy, but the court has the discretion to award another one that is more appropriate in the circumstances (L’Heureux and Lacoursière, at p. 621). Unlike s. 271 *C.P.A.*, s. 272 does not permit the merchant to raise the defence that the consumer suffered no prejudice where violations of Title I are in issue (L’Heureux and Lacoursière, at p. 620; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option Consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII)).

[114] Second, Title II of the *C.P.A.* imposes obligations on merchants, manufacturers and advertisers that apply to them regardless of whether a consumer contract referred to in s. 2 of the Act exists. Unlike the obligations imposed under Title I of the Act, which apply to the contractual phase, the prohibitions against certain business practices set out in Title II apply to the pre-contractual phase. As Françoise Lebeau notes, Title II of the *C.P.A.* imposes on merchants, manufacturers and advertisers a duty to act honestly and an obligation to provide information during the period preceding the formation of the contract (p. 1020). The legislature’s objective with respect to business practices is clear: to ensure the veracity of pre-contractual representations in order to prevent a consumer’s consent from being vitiated by inadequate, fraudulent or improper information.

[115] In the case of prohibited practices, some judges and authors have asserted that the contractual remedies provided for in s. 272 *C.P.A.* are available to a consumer only if the consumer has suffered prejudice as a result of an unlawful act

de ces règles de fond permet donc, sans exigence additionnelle, au consommateur d’obtenir l’une des mesures de réparation contractuelles prévues à l’art. 272 *L.p.c.* Comme la juge Rousseau-Houle l’a affirmé dans l’arrêt *Beauchamp*, « [l]e législateur présume de façon absolue que le consommateur subit un préjudice par suite d’un manquement par le commerçant ou le fabricant à l’une ou l’autre de ces obligations et donne au consommateur la gamme des recours prévue à l’article 272 » (p. 744). Le choix de la mesure de réparation appartient au consommateur, mais le tribunal conserve la discrétion de lui en accorder une autre plus appropriée aux circonstances (L’Heureux et Lacoursière, p. 621). Contrairement à l’art. 271 *L.p.c.*, l’art. 272 ne permet pas au commerçant de soulever l’absence de préjudice en défense pour ce qui est des conventions aux dispositions du titre I (L’Heureux et Lacoursière, p. 620; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option Consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII)).

[114] La *L.p.c.* impose ensuite aux commerçants, aux fabricants et aux publicitaires des obligations énoncées au titre II de la loi. Celles-ci leur incombent indépendamment de l’existence d’un contrat de consommation visé par l’art. 2 de la loi. Contrairement aux obligations imposées en vertu du titre I de la loi, qui régissent la phase contractuelle, les interdictions relatives à certaines pratiques de commerce réglementent la phase précontractuelle. Comme M^e Françoise Lebeau l’a souligné, les dispositions du titre II de la *L.p.c.* imposent aux commerçants, aux fabricants et aux publicitaires un devoir de loyauté et une obligation d’information au cours de la période précédant la formation du contrat (p. 1020). Le législateur poursuit un objectif évident en matière de pratiques de commerce : celui d’assurer la véracité des représentations précontractuelles afin d’éviter que le consentement du consommateur soit vicié par une information déficiente, frauduleuse ou abusive.

[115] En matière de pratiques interdites, un courant jurisprudentiel et doctrinal affirme que les mesures de réparation contractuelles prévues à l’art. 272 *L.p.c.* ne seraient ouvertes au consommateur que s’il a subi un préjudice découlant de l’illégalité

committed by a merchant or a manufacturer (see *Ata v. 9118-8169 Québec Inc.*, 2006 QCCS 3777, [2006] R.J.Q. 1883). For advocates of this view, the contravention of a provision of Title II of the *C.P.A.* does not give rise to an irrebuttable presumption of prejudice, since s. 272 *C.P.A.* is intended only to sanction unlawful acts that have actually deceived a consumer (see also Lluelles and Moore, at p. 312). This view corresponds in substance to the position taken by the respondents in the case at bar (R.F., at para. 57).

[116] According to this approach, a court cannot award a consumer one of the contractual remedies provided for in s. 272 *C.P.A.* if the merchant, after publishing a misleading advertisement in the pre-contractual phase, gave corrected information directly to the consumer just before they entered into the contract. Since such behaviour merely constitutes [TRANSLATION] “fraud that has been uncovered and is not prejudicial”, it cannot give rise to these specific remedies (L. Nahmiash, “Le recours collectif et la *Loi sur la protection du consommateur*: le dol éclairé et non préjudiciable — l’apparence de droit illusoire”, in *Développements récents sur les recours collectifs* (2004), 75).

[117] In our opinion, this position minimizes the influence that misleading advertising can have on a consumer’s decision to enter into a contractual relationship with a merchant. It suggests that an advertisement cannot have a fraudulent effect if the consumer discovers that it is misleading a few minutes before entering into a contract with a merchant. This concept of “fraudulent effect” is too restrictive for the objectives of the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* to be achieved. It does not accurately reflect the way consumers are often invited to give their consent in such situations.

[118] To say that advertising can place consumers under a merchant’s influence is an understatement. Very often, advertising stimulates the interest of consumers and induces them to go in person

commise par le commerçant ou le fabricant (voir *Ata c. 9118-8169 Québec Inc.*, 2006 QCCS 3777, [2006] R.J.Q. 1883). Pour les tenants de cette position, il ne saurait être question de présomption irréfragable de préjudice en cas de contravention à une disposition du titre II de la *L.p.c.*, puisque l’art. 272 *L.p.c.* ne viserait qu’à sanctionner les illégalités ayant eu un effet dolosif pour le consommateur (voir aussi Lluelles et Moore, p. 312). Cette opinion correspond, en substance, à la position défendue par les intimés en l’espèce (m.i., par. 57).

[116] Selon cette approche, le tribunal ne pourrait pas accorder au consommateur l’une des mesures de réparation contractuelles prévues à l’art. 272 *L.p.c.* lorsqu’un commerçant, après avoir diffusé une publicité trompeuse au cours de la phase pré-contractuelle, aurait corrigé l’information directement auprès du consommateur dans les instants précédant la conclusion du contrat. Puisque ce comportement ne constituerait qu’un « dol éclairé et non préjudiciable », il ne pourrait donner ouverture à ces mesures de réparation spécifiques (L. Nahmiash, « Le recours collectif et la *Loi sur la protection du consommateur* : le dol éclairé et non préjudiciable — l’apparence de droit illusoire », dans *Développements récents sur les recours collectifs* (2004), 75).

[117] À notre avis, cette position sous-estime l’influence possible des publicités trompeuses sur la décision du consommateur de s’engager dans une relation contractuelle avec un commerçant. Cette position considère effectivement qu’une publicité ne peut avoir un effet dolosif lorsque le consommateur découvre son caractère trompeur quelques minutes avant de conclure un contrat avec un commerçant. Or, cette conception de l’« effet dolosif » est trop restreinte pour permettre au recours de l’art. 272 *L.p.c.* d’atteindre ses objectifs. Elle ne traduit pas fidèlement la façon dont les consommateurs sont souvent invités à donner leur consentement en cette matière.

[118] L’affirmation que les publicités possèdent la capacité d’attirer le consommateur dans la sphère d’influence des commerçants est un euphémisme. Très souvent, les publicités stimulent l’intérêt du

to the merchant's premises to learn more about the product or service being promoted. Their decision-making process begins at that time: they consider purchasing a good or service on the basis of the representations made in the advertisement. And then the consumer becomes more vulnerable once he or she is on the merchant's premises.

[119] In absolute terms, there is nothing reprehensible about a merchant's use of representations and insistence to induce the customer to give in. Such acts are normal and inevitable in an economic system based on free competition. But this is not true where the consumer is lured by false or misleading advertising, even if the merchant "corrects" the information in a one-on-one discussion just before they conclude the contract. Of course, a rigid interpretation of the rules of contract formation may lead to the conclusion that the consumer's consent is nonetheless free and informed if he or she discovers the misleading nature of an advertisement before entering into the contract. However, a view more in keeping with the social significance of the *C.P.A.* would lead to the conclusion that the consumer's decision to enter into a contractual relationship with the merchant was fundamentally tainted by the misleading advertisement.

[120] It would be hard to deny that such a "correction" of misleading information often occurs late in the contract formation process. For example, the members of the group covered by the class action in *Brault & Martineau* learned that they had to pay the sales taxes only once they were at the cash, that is, after they had discussed the payment and financing terms with a salesperson and after a purchase order had been issued (Sup. Ct., at paras. 29-30; see also *Chartier v. Meubles Léon ltée*, 2003 CanLII 7749 (Que. Sup. Ct.)). The correction might thus be made *after* the consumer has in fact consented to purchase the product in question. In such circumstances, the prohibited practice clearly plays a role in inducing the consumer to enter into a contractual relationship on the basis of misleading information.

consommateur et l'incitent à se rendre physiquement chez un commerçant afin d'en apprendre davantage sur le produit ou le service mis en valeur. Le processus décisionnel du consommateur s'engage alors : il envisage de se procurer un bien ou un service sur la base des représentations faites dans la publicité. Enfin, la vulnérabilité du consommateur augmente dès qu'il se trouve sur place.

[119] Dans l'absolu, les représentations et l'insistance d'un commerçant pour amener le client à céder n'ont rien de répréhensible. Elles sont normales et inévitables dans un système économique où prime la libre concurrence. La situation diffère lorsque le consommateur est attiré par une publicité fautive ou trompeuse, et ce, même si le commerçant « corrige » l'information dans le cadre de discussions individuelles dans les instants précédant la conclusion du contrat. Certes, une interprétation rigoriste des règles en matière de formation des contrats peut conduire à la conclusion que le consommateur donne malgré tout un consentement libre et éclairé lorsqu'il découvre, avant de contracter, le caractère trompeur d'une publicité. Cependant, une conception plus conforme à la portée sociale de la *L.p.c.* ferait conclure que la décision du consommateur de s'engager dans une relation contractuelle avec le commerçant a été viciée à la base par une publicité trompeuse.

[120] Il est difficile de nier qu'une telle « correction » de l'information trompeuse s'effectue souvent tardivement dans le processus de formation du contrat. À titre d'exemple, les membres du groupe visé par le recours collectif dans l'affaire *Brault & Martineau* ont appris à la caisse, c'est-à-dire après avoir discuté avec un vendeur des modalités de paiement et de financement ainsi qu'après l'émission d'un bon de commande, qu'ils devaient payer les taxes (C.S., par. 29-30; voir également *Chartier c. Meubles Léon ltée*, 2003 CanLII 7749 (C.S. Qué.)). Cette correction peut donc s'effectuer *après* que le consommateur a, dans les faits, consenti à acheter le produit en question. Dans un tel contexte, il est certain que la pratique interdite contribue à entraîner le consommateur dans une relation contractuelle sur la base d'informations trompeuses.

[121] For this reason, the argument that s. 272 *C.P.A.* is intended solely to sanction prohibited practices that have actually resulted in fraud improperly underemphasizes the prejudice resulting from a violation of a provision of Title II of the Act. It effectively introduces a variable rule. On the one hand, in cases in which the presumption of fraud provided for in s. 253 *C.P.A.* applies, this rule would allow a merchant or a manufacturer to raise the defence that the consumer suffered no prejudice. Section 253 *C.P.A.* creates a presumption that, had the consumer been aware of certain prohibited practices, he or she would not have agreed to the contract or would not have paid as high a price. On the other hand, where the presumption does not apply, the rule would require consumers to fully prove the prejudice they have suffered. There is no reason why consumers should bear a higher burden of proof where the breach of a statutory obligation falls under Title II of the Act rather than under Title I and the presumption of s. 253 *C.P.A.* does not apply. Neither the wording of s. 272 *C.P.A.* nor the philosophy underlying the application of the Act warrants such a conclusion, which could also dangerously pave the way for acceptance of the concept of “*bon dol*” (harmless fraud) in consumer law. As we will explain below, this position is based on a misconception of the role of s. 253 *C.P.A.*

[122] This interpretation also leads to strange results. The presumption in s. 253 *C.P.A.* does not apply to all prohibited business practices. For reasons of its own, the legislature has chosen to list the practices that are covered by the presumption of fraud established in that provision. Where s. 253 does not apply, a consumer claiming to be the victim of a prohibited practice would be able to sue under s. 272 *C.P.A.* but would have to use the rules of the *Civil Code of Québec* to justify the application of the contractual remedies in that section. If we disregard the question of punitive damages, the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* would thus be of no real use to the consumer. With this in mind, it cannot be assumed that the legislature intended the implementation

[121] Pour cette raison, la prétention selon laquelle l’art. 272 *L.p.c.* ne vise à sanctionner que les pratiques interdites ayant eu un effet dolosif relativise à tort le préjudice découlant d’une contravention à une disposition du titre II de la loi. Elle plante effectivement une norme à portée variable. D’une part, cette norme permet aux commerçants et aux fabricants de soulever une défense fondée sur l’absence de préjudice subi par le consommateur dans les cas où la présomption de dol prévue à l’art. 253 *L.p.c.* s’applique. Cet article prévoit en effet une présomption que, si le consommateur avait eu connaissance de certaines pratiques interdites, il n’aurait pas contracté ou n’aurait pas donné un prix si élevé. D’autre part, cette norme oblige le consommateur à faire une preuve complète de son préjudice lorsque la présomption ne s’applique pas. Or, il n’existe aucune raison pour laquelle les consommateurs devraient supporter un fardeau de preuve plus lourd lorsque le manquement à une obligation légale relève du titre II de la loi plutôt que du titre I et que la présomption prévue à l’art. 253 *L.p.c.* ne s’applique pas. Ni le libellé de l’art. 272 *L.p.c.*, ni la philosophie qui sous-tend l’application de la loi, ne justifient une telle conclusion qui, par ailleurs, pourrait dangereusement ouvrir la porte à une reconnaissance du « bon dol » en droit de la consommation. Comme nous l’expliquerons plus loin, cette position découle d’une conception erronée du rôle de l’art. 253 *L.p.c.*

[122] En outre, cette interprétation entraîne des résultats surprenants. En effet, la présomption de l’art. 253 *L.p.c.* ne vise pas toutes les pratiques de commerce interdites. Pour des motifs qui lui appartiennent, le législateur a choisi d’énumérer les pratiques de commerce visées par la présomption de dol établie par cette disposition. Lorsque celle-ci ne s’applique pas, le consommateur qui se déclare victime d’une pratique interdite pourrait engager une poursuite en vertu de l’art. 272 *L.p.c.* Cependant, il devrait justifier la mise en œuvre des mesures de réparation contractuelles que cette disposition prévoit sur la base des règles contenues dans le *Code civil du Québec*. Si on laisse de côté la question des dommages-intérêts punitifs, le recours prévu à l’art. 272 *L.p.c.* ne lui serait donc d’aucune utilité

of s. 272 to be subject to the application of s. 253 C.P.A.

[123] We greatly prefer the position taken by Fish J.A. in *Turgeon*, namely that a prohibited practice does not create a *presumption* that a merchant has committed fraud but in itself *constitutes* fraud within the meaning of art. 1401 C.C.Q. (para. 48). This position is consistent with the spirit of the Act and is also more consistent with the case law relating to failures to fulfil the obligations imposed by Title I of the Act. In our opinion, the use of a prohibited practice can give rise to an absolute presumption of prejudice. As a result, a consumer does not have to prove fraud and its consequences on the basis of the ordinary rules of the civil law for the contractual remedies provided for in s. 272 C.P.A. to be available. As well, a merchant or manufacturer who is sued cannot raise a defence based on [TRANSLATION] “fraud that has been uncovered and is not prejudicial”. The severity of the sanctions provided for in s. 272 C.P.A. is not variable: the irrebuttable presumption of prejudice can apply to all violations of the obligations imposed by the Act.

[124] This absolute presumption of prejudice presupposes a rational connection between the prohibited practice and the contractual relationship governed by the Act. It is therefore important to define the requirements that must be met for the presumption to apply in cases in which a prohibited practice has been used. In our opinion, a consumer who wishes to benefit from the presumption must prove the following: (1) that the merchant or manufacturer failed to fulfil one of the obligations imposed by Title II of the Act; (2) that the consumer saw the representation that constituted a prohibited practice; (3) that the consumer’s seeing that representation resulted in the formation, amendment or performance of a consumer contract; and (4) that a sufficient nexus existed between the content of the representation and the goods or services covered by the contract. This last requirement means that the

tangible. Dans cette perspective, on ne saurait présumer que le législateur a voulu subordonner la mise en œuvre de l’art. 272 à l’application de l’art. 253 L.p.c.

[123] Nous préférons nettement à cet égard la position adoptée par le juge Fish dans l’arrêt *Turgeon*, où il a affirmé que l’existence d’une pratique interdite ne faisait pas *présumer* qu’un dol avait été commis par un commerçant, mais plutôt qu’elle *constituait* en soi un dol au sens de l’art. 1401 C.c.Q. (par. 48). Cette position respecte l’esprit de la loi et s’harmonise mieux avec la jurisprudence établie dans le contexte de contraventions à des obligations imposées par le titre I de la loi. À notre avis, la commission d’une pratique interdite peut entraîner l’application d’une présomption absolue de préjudice. En conséquence, le consommateur n’a pas à prouver le dol et ses conséquences selon les règles ordinaires du droit civil pour avoir accès aux mesures de réparation contractuelles prévues à l’art. 272 L.p.c. De même, le commerçant ou le fabricant poursuivi ne peut soulever un moyen de défense basé sur le « dol éclairé et non préjudiciable ». La sévérité des sanctions prévues à l’art. 272 L.p.c. n’est pas un concept à géométrie variable : la présomption irréfragable de préjudice peut s’appliquer à toutes les contraventions aux obligations imposées par la loi.

[124] L’application de la présomption absolue de préjudice présuppose qu’un lien rationnel existe entre la pratique interdite et la relation contractuelle régie par la loi. Il importe donc de préciser les conditions d’application de cette présomption dans le contexte de la commission d’une pratique interdite. À notre avis, le consommateur qui souhaite bénéficier de cette présomption doit prouver les éléments suivants : (1) la violation par le commerçant ou le fabricant d’une des obligations imposées par le titre II de la loi; (2) la prise de connaissance de la représentation constituant une pratique interdite par le consommateur; (3) la formation, la modification ou l’exécution d’un contrat de consommation subséquente à cette prise de connaissance; et (4) une proximité suffisante entre le contenu de la représentation et le bien ou le service visé par le contrat. Selon ce dernier critère, la

prohibited practice must be one that was capable of influencing a consumer's behaviour with respect to the formation, amendment or performance of the contract. Where these four requirements are met, the court can conclude that the prohibited practice is deemed to have had a fraudulent effect on the consumer. In such a case, the contract so formed, amended or performed constitutes, in itself, a prejudice suffered by the consumer. This presumption thus enables the consumer to demand, in the manner described above, one of the contractual remedies provided for in s. 272 *C.P.A.*

(b) *Compensatory Damages*

[125] Where a merchant or a manufacturer fails to fulfil an obligation to which s. 272 *C.P.A.* applies, the consumer can ask the court for an award of compensatory damages. The respondents argue that the recourse in compensatory damages is available only if the court awards one of the contractual remedies provided for in s. 272(a) to (f) *C.P.A.* (R.F., at para. 72). This argument is without merit. Section 272 *C.P.A.* contains the words "without prejudice to his claim in damages, in all cases". This phrase, which is in no way ambiguous, means that the recourse in damages, regardless of whether it is contractual or extracontractual in nature, is not dependent on the specific contractual remedies set out in s. 272(a) to (f). By using these words in s. 272 *C.P.A.*, the legislature intended to leave consumers free to choose the sanctions they consider appropriate to repair any prejudice they suffer.

[126] Nevertheless, the independence of the recourse in damages provided for in s. 272 *C.P.A.* does not mean that there is no legal framework for exercising it. First of all, the recourse in damages, regardless of whether it is based on a breach of contract or a fault, must be exercised in accordance with the rule concerning the legal interest required to institute proceedings under that provision. Next, where a consumer chooses to claim damages from the merchant or manufacturer he or she is suing,

pratique interdite doit être susceptible d'influer sur le comportement adopté par le consommateur relativement à la formation, à la modification ou à l'exécution du contrat de consommation. Lorsque ces quatre éléments sont établis, les tribunaux peuvent conclure que la pratique interdite est réputée avoir eu un effet dolosif sur le consommateur. Dans un tel cas, le contrat formé, modifié ou exécuté constitue, en soi, un préjudice subi par le consommateur. L'application de cette présomption lui permet ainsi de demander, selon les mêmes modalités que celles décrites ci-dessus, l'une des mesures de réparation contractuelles prévues à l'art. 272 *L.p.c.*

b) *Les dommages-intérêts compensatoires*

[125] En cas de contravention par un commerçant ou un fabricant à une obligation visée par l'art. 272 *L.p.c.*, le consommateur peut demander au tribunal de lui accorder des dommages-intérêts compensatoires. À cet égard, les intimées plaident que le recours en dommages-intérêts compensatoires est accessoire à l'octroi par le tribunal de l'une des mesures de réparation contractuelles prévues aux al. a) à f) de l'art. 272 *L.p.c.* (m.i., par. 72). Cet argument n'est pas fondé. Le texte de l'art. 272 *L.p.c.* contient les mots « sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas ». Cette expression, qui ne souffre d'aucune ambiguïté, signifie que le recours en dommages-intérêts, qu'il soit de nature contractuelle ou extracontractuelle, est autonome par rapport aux mesures de réparation contractuelles spécifiques prévues aux al. a) à f) de l'art. 272. En rédigeant l'art. 272 *L.p.c.* de cette façon, le législateur a voulu laisser au consommateur la liberté de choisir la sanction qu'il estime appropriée en réparation de son préjudice.

[126] L'autonomie du recours en dommages-intérêts prévu à l'art. 272 *L.p.c.* ne signifie cependant pas que l'exercice de ce recours n'est assujéti à aucun encadrement juridique. D'abord, le recours en dommages-intérêts, qu'il se fonde sur un manquement contractuel ou sur une faute, doit être exercé dans le respect du principe régissant l'intérêt juridique pour intenter une poursuite en vertu de cette disposition. Ensuite, lorsque le consommateur choisit de réclamer des dommages-intérêts au

the exercise of the recourse is subject to the general rules of Quebec civil law. In particular, an award of compensatory damages can be obtained only if the prejudice suffered can be assessed or quantified.

[127] The use by a merchant or a manufacturer of a prohibited practice can also form the basis of a claim for extracontractual compensatory damages under s. 272 *C.P.A.* A majority of the Quebec authors and judges who have considered this issue have taken the view that fraud committed during the pre-contractual phase is a civil fault that can give rise to extracontractual liability (Lluelles and Moore, at p. 321; *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, 1999 CanLII 13530 (Que. C.A.)). Proof of fraud thus establishes civil fault. However, because of the specific nature of the *C.P.A.*, the procedure for proving fraud is different from the one under the *Civil Code of Québec*.

[128] This difference stems from the fact that, where the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* is available to a consumer, his or her burden of proof is eased because of the absolute presumption of prejudice that results from any unlawful act committed by the merchant or manufacturer. This presumption means that the consumer does not have to prove that the merchant intended to mislead, as would be required in a civil law fraud case. According to the interpretation proposed by Fish J.A. in *Turgeon*, a consumer to whom the irrebuttable presumption of prejudice applies has also succeeded in proving the fault of the merchant or manufacturer for the purposes of s. 272 *C.P.A.* The court can thus award the consumer damages to compensate for any prejudice resulting from that extracontractual fault.

(4) Issue of the Interplay Between Sections 253 and 272 *C.P.A.*

[129] However, the role of s. 253 *C.P.A.* in cases in which the recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* is exercised raises an important issue of statutory

commerçant ou au fabricant qu'il poursuit, l'exercice de son recours demeure soumis aux règles générales du droit civil québécois. En particulier, pour obtenir des dommages-intérêts compensatoires, il faut que le dommage subi soit susceptible d'évaluation ou quantifiable.

[127] L'article 272 *L.p.c.* permet aussi l'octroi de dommages-intérêts compensatoires en matière extracontractuelle dans le cas où un commerçant ou un fabricant commet une pratique interdite. En effet, la doctrine et la jurisprudence majoritaires au Québec considèrent que le dol commis au cours de la phase précontractuelle constitue une faute civile susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur (Lluelles et Moore, p. 321; *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, 1999 CanLII 13530 (C.A. Qué.)). La preuve du dol établit ainsi la faute civile. En raison du caractère particulier de la *L.p.c.*, cette preuve s'établit cependant selon des modalités différentes de celles applicables en vertu du *Code civil du Québec*.

[128] En effet, dans la mesure où il est ouvert au consommateur, le recours prévu à l'art. 272 *L.p.c.* allège son fardeau de preuve au moyen d'une présomption absolue de préjudice découlant de toute illégalité commise par le commerçant ou le fabricant. Cette présomption dispense le consommateur de la nécessité de prouver l'intention de tromper du commerçant, comme l'exigerait le droit civil en matière de dol. Suivant l'interprétation suggérée par le juge Fish dans l'arrêt *Turgeon*, le consommateur qui bénéficie de la présomption irréfragable de préjudice aura également réussi à prouver la faute du commerçant ou du fabricant pour l'application de l'art. 272 *L.p.c.* Cette preuve permettra ainsi au tribunal de lui accorder des dommages-intérêts visant à compenser tout préjudice résultant de cette faute extracontractuelle.

(4) Le problème de l'interaction entre les art. 253 et 272 *L.p.c.*

[129] Cependant, le rôle joué par l'art. 253 *L.p.c.* dans le contexte de l'exercice du recours prévu à l'art. 272 *L.p.c.* soulève une question importante

interpretation. A brief review of some of the academic literature makes it apparent that there are a variety of viewpoints on this issue. Section 253 *C.P.A.* reads as follows:

253. Where a merchant, manufacturer or advertiser makes use of a prohibited practice in case of the sale, lease or construction of an immovable or, in any other case, of a prohibited practice referred to in paragraph *a* or *b* of section 220, *a, b, c, d, e* or *g* of section 221, *d, e* or *f* of section 222, *c* of section 224 or *a* or *b* of section 225, or in section 227, 228, 229, 237 or 239, it is presumed that had the consumer been aware of such practice, he would not have agreed to the contract or would not have paid such a high price.

[130] As we have seen, Professor L'Heureux has long maintained that the presumption provided for in s. 253 *C.P.A.* shows that s. 272 *C.P.A.* is not intended to be used to sanction prohibited business practices. In her view, consumers who claim to be victims of prohibited practices must instead turn to the general law or to ss. 8 and 9 *C.P.A.* to obtain a finding that their consent has been vitiated. Sections 8 and 9 *C.P.A.* read as follows:

8. The consumer may demand the nullity of a contract or a reduction in his obligations thereunder where the disproportion between the respective obligations of the parties is so great as to amount to exploitation of the consumer or where the obligation of the consumer is excessive, harsh or unconscionable.

9. Where the court must determine whether a consumer consented to a contract, it shall consider the condition of the parties, the circumstances in which the contract was entered into and the benefits arising from the contract for the consumer.

[131] Another view, voiced by Professors Lluellas and Moore among others, is that the presence of s. 253 *C.P.A.* at the end of Title II precludes the argument that the absolute presumption of prejudice applicable to violations of Title I also applies in the context of proceedings based on the use of a prohibited practice (Lluellas and Moore, at p. 312). The respondents rely on both of these views.

d'interprétation législative. Un bref coup d'œil sur certains commentaires doctrinaux permet d'ailleurs de constater l'hétérogénéité des points de vue exprimés sur le sujet. L'article 253 *L.p.c.* est rédigé ainsi :

253. Lorsqu'un commerçant, un fabricant ou un publicitaire se livre en cas de vente, de location ou de construction d'un immeuble à une pratique interdite ou, dans les autres cas, à une pratique interdite visée aux paragraphes *a* et *b* de l'article 220, *a, b, c, d, e* et *g* de l'article 221, *d, e* et *f* de l'article 222, *c* de l'article 224, *a* et *b* de l'article 225 et aux articles 227, 228, 229, 237 et 239, il y a présomption que, si le consommateur avait eu connaissance de cette pratique, il n'aurait pas contracté ou n'aurait pas donné un prix si élevé.

[130] Comme nous l'avons vu, la professeure L'Heureux a soutenu depuis fort longtemps que la présomption érigée par l'art. 253 *L.p.c.* illustre le fait que l'art. 272 *L.p.c.* n'est pas destiné à sanctionner les pratiques de commerce interdites. À son avis, le consommateur qui se dit victime d'une pratique interdite doit plutôt se tourner vers le droit commun ou vers les art. 8 et 9 *L.p.c.* afin de faire reconnaître que son consentement a été vicié. Ces articles prévoient ce qui suit :

8. Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.

9. Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur.

[131] Une autre opinion, défendue notamment par les professeurs Lluellas et Moore, consiste à affirmer que la présence de l'art. 253 *L.p.c.* à la fin du titre II rend irrecevable la thèse selon laquelle la présomption absolue de préjudice applicable aux violations des dispositions du titre I serait également applicable dans le contexte d'une poursuite intentée sur la base de la commission d'une pratique interdite (Lluellas et Moore, p. 312). Les intimées invoquent d'ailleurs ces deux opinions.

[132] In our opinion, these two positions are wrong in suggesting that the role of s. 253 *C.P.A.* can be considered solely in relation to the statutory recourse provided for in s. 272 *C.P.A.* There is no direct relationship between these two statutory provisions: each of them makes its own contribution to the achievement of the legislature's social and legal objectives. The presumption of fraud provided for in s. 253 *C.P.A.* does not delimit the scope of s. 272 *C.P.A.* or govern the principles that underlie the application of that section; rather, it provides consumers with additional protection in situations in which they do not wish or are not able to exercise a recourse under s. 272 *C.P.A.* The primary purpose of s. 253 *C.P.A.* is to ease the burden of proof for consumers who choose to sue a merchant, a manufacturer or an advertiser under the ordinary rules of the general law. In such cases, s. 253 relieves consumers of the obligation to prove that the fraud was determinative in inducing them to give their consent. A rule of evidence such as this is helpful to consumers who want to sue advertisers under the general law, since they cannot take action against advertisers under s. 272 *C.P.A.*

[133] This conclusion is dictated not only by the characteristics of s. 272 *C.P.A.* itself, but also by the express reference in s. 253 *C.P.A.* to contracts relating to immovables. Although s. 6.1 *C.P.A.* provides that the provisions of Title II of the Act apply to such contracts, it is impossible to sanction prohibited practices involving immovables under s. 272 *C.P.A.* For this reason, aggrieved consumers will logically turn to the fraud provisions of the *Civil Code of Québec* (arts. 1401 and 1407 *C.C.Q.*). The whole rationale for the presumption provided for in s. 253 *C.P.A.* can therefore be found in this area (*Turgeon*, at para. 40).

[134] It must not be forgotten that the application of the *C.P.A.* is not dependent on the exercise of one of the civil or penal recourses for which it provides. The *C.P.A.* applies to any legal situation covered by s. 2 of the Act, and not solely to civil or penal proceedings instituted under the Act.

[132] À notre avis, ces deux thèses considèrent à tort que le rôle joué par l'art. 253 *L.p.c.* ne peut être envisagé qu'en relation avec le recours légal prévu à l'art. 272 *L.p.c.* En effet, il n'existe aucune relation directe entre ces deux dispositions législatives : chacune d'entre elles joue son rôle propre dans la réalisation des objectifs sociaux et juridiques visés par le législateur. Plutôt que de délimiter la portée de l'art. 272 *L.p.c.* ou de régir les principes qui sous-tendent son application, la présomption de dol établie par l'art. 253 *L.p.c.* accorde une protection additionnelle au consommateur dans des situations où il ne souhaite pas ou ne peut pas exercer un recours en vertu de l'art. 272 *L.p.c.* L'article 253 *L.p.c.* veut d'abord faciliter la preuve du consommateur qui choisit de poursuivre un commerçant, un fabricant ou un publicitaire selon les règles ordinaires du droit commun. Dans un tel cas, il dispense le consommateur de l'obligation de prouver le caractère déterminant de la fraude sur son consentement. Une telle règle de preuve assistera le consommateur lorsqu'il voudra poursuivre un publicitaire en vertu du droit commun, puisqu'il ne peut agir contre lui en vertu de l'art. 272 *L.p.c.*

[133] Au-delà des caractéristiques propres à l'art. 272 *L.p.c.*, cette conclusion s'impose en raison de la mention expresse des contrats immobiliers à l'art. 253 *L.p.c.* Bien que, selon l'art. 6.1 *L.p.c.*, les dispositions du titre II de la loi s'appliquent aux contrats relatifs aux immeubles, l'art. 272 *L.p.c.* ne permet pas de sanctionner les pratiques interdites commises en matière immobilière. Pour cette raison, le consommateur lésé se tournera logiquement vers les dispositions relatives au dol contenues dans le *Code civil du Québec* (art. 1401 et 1407 *C.c.Q.*). La présomption de l'art. 253 *L.p.c.* trouve donc toute sa raison d'être dans ce domaine (*Turgeon*, par. 40).

[134] Il ne faut pas perdre de vue que l'application de la *L.p.c.* n'est pas tributaire de l'exercice de l'un des recours civils ou pénaux qui y sont prévus. La *L.p.c.* s'applique à toute situation juridique visée par l'art. 2 de la loi, et non pas seulement lorsqu'une poursuite civile ou pénale est intentée en vertu de celle-ci.

[135] For the purposes of this appeal, we need not extend the discussion of the relationship between s. 253 *C.P.A.* and s. 272 *C.P.A.* to include a review of ss. 8 and 9 *C.P.A.* This being said, the assertion that [TRANSLATION] “[m]isleading advertising makes the recourse under sections 8 and 9 available, with or without the presumption of fraud of section 253”, may have to be approached with caution (L’Heureux, *Droit de la consommation*, at p. 235). In Quebec civil law, lesion and fraud are two different defects of consent. Fraud does not necessarily involve exploitation of the consumer and, as a result, lesion. In this respect, it is important that the *C.P.A.* be interpreted in accordance with general principles of civil law obligations.

(5) Role of Section 217 *C.P.A.*

[136] We must now clarify the role of s. 217 *C.P.A.*, which provides that “[t]he fact that a prohibited practice has been used is not subordinate to whether or not a contract has been made”. The Court of Appeal suggested that this provision makes the *C.P.A.* applicable once a prohibited practice is used, regardless of whether a consumer contract is entered into as a result of that practice (para. 25). However, it is important not to confuse the question of the existence of a prohibited practice with the question of interest under s. 272 *C.P.A.*

[137] Title II of the *C.P.A.* prohibits certain types of representations made “to a consumer”. The definition of “consumer” in s. 1(e) of the Act might suggest that the provisions of Title II apply only where a consumer enters into a contract as a result of the use of a prohibited practice. However, the prohibitions relating to business practices also apply on a preventive basis, that is, before an unlawful representation dupes one or more consumers by fraudulently inducing them to enter into contractual relationships. This is why s. 217 *C.P.A.* exists: its purpose is to make it easier to sanction violations of the Act on a preventive basis by specifying that a merchant’s representation may constitute a prohibited practice even if none of the natural persons targeted by the advertisement entered into a contract as a result of the advertisement. It is enough

[135] Le cadre du présent pourvoi n’exige pas que nous étendions la discussion sur la relation qu’entretient l’art. 253 *L.p.c.* avec l’art. 272 *L.p.c.* à l’examen des art. 8 et 9 *L.p.c.* Cela étant dit, l’affirmation selon laquelle « [l]a publicité trompeuse donne lieu au recours des articles 8 et 9, avec ou sans la présomption de dol de l’article 253 », pourrait devoir être abordée avec prudence (L’Heureux, *Droit de la consommation*, p. 235). En droit civil québécois, la lésion et le dol demeurent deux vices de consentement distincts. Le dol n’entraîne pas nécessairement l’exploitation du consommateur et, en conséquence, un cas de lésion. Il importe que l’interprétation de la *L.p.c.* respecte les principes généraux du droit civil des obligations à cet égard.

(5) Le rôle joué par l’art. 217 *L.p.c.*

[136] Il nous reste à préciser le rôle joué par l’art. 217 *L.p.c.*, qui dispose que « [l]a commission d’une pratique interdite n’est pas subordonnée à la conclusion d’un contrat ». La Cour d’appel a suggéré que cette disposition signifiait que la *L.p.c.* s’appliquait dès lors qu’une pratique interdite était commise, et ce, sans égard à la question de savoir si un contrat de consommation avait été conclu à la suite de celle-ci (par. 25). Il importe toutefois de ne pas confondre la question de l’existence d’une pratique interdite avec celle de l’intérêt pour agir en vertu de l’art. 272 *L.p.c.*

[137] Le titre II de la *L.p.c.* prohibe un certain nombre de représentations faites « à un consommateur ». La définition du « consommateur » contenue à l’al. 1e) de la loi pourrait laisser croire que les dispositions du titre II ne s’appliquent que lorsqu’un consommateur a conclu un contrat à la suite de la commission d’une pratique interdite. Or, les prohibitions portant sur les pratiques de commerce trouvent également à s’appliquer de façon préventive, c’est-à-dire avant qu’une représentation illégale ne floue un ou plusieurs consommateurs en les entraînant frauduleusement dans une relation contractuelle. C’est la raison d’être de l’art. 217 *L.p.c.* : cette disposition vise à faciliter la sanction préventive des violations de la loi en précisant qu’un commerçant peut commettre une pratique interdite même si aucune des personnes physiques à qui la

that the advertisement target a [TRANSLATION] “potential consumer” (L’Heureux and Lacoursière, at p. 489).

[138] Therefore, s. 217 *C.P.A.* relates strictly to the *existence* of a prohibited practice. It authorizes the Director of Criminal and Penal Prosecutions to enforce the Act on a *preventive* basis, in keeping with the legislature’s intention. As Professor Masse explains,

[TRANSLATION] [t]his provision authorizes penal proceedings where provisions of Title II have been contravened but no contract has been entered into as a result of a violation of the *C.P.A.* It is as a result possible to prove that an advertisement is misleading and to institute penal proceedings against the offender even where no contract was entered into with one or more consumers as a result of the advertisement. [p. 827]

[139] The applicability of the penal provisions is governed by a specific rule: s. 277 *C.P.A.* provides that an offence is committed where, *inter alia*, a person contravenes the Act. This rule, which constitutes a departure from s. 2 of the Act, can be explained by the fact that penal proceedings are instituted in the general interest. Thus, the purpose of such proceedings is not to protect the private interests of one or more consumers, but to protect the public in general from business practices that may be misleading. On the other hand, the general rule set out in s. 2 *C.P.A.* necessarily applies where consumers apply for the protection of the Act (Masse, at pp. 28-29), for example, when they seek to avail themselves of the recourses provided for in s. 272 *C.P.A.* Therefore, s. 217 *C.P.A.* is not intended to govern the conditions under which the recourses provided for in s. 272 *C.P.A.* are available and can be exercised. The principles that apply to s. 217 *C.P.A.* are different from those that apply to s. 272 *C.P.A.*, and the two provisions have different roles in the scheme of the *C.P.A.*

(6) Application of the Principles to This Appeal

[140] The appellant has not asked for any contractual remedies in this case. He is instead seeking the

publicité était destinée n’a conclu un contrat sur la base de celle-ci. Il suffit que la publicité ait été destinée à un « consommateur éventuel » (L’Heureux et Lacoursière, p. 489).

[138] L’article 217 *L.p.c.* porte donc strictement sur l’*existence* d’une pratique interdite. Il permet au directeur des poursuites criminelles et pénales de faire respecter la loi à titre *préventif*, conformément à l’intention législative en la matière. Comme le professeur Masse l’a expliqué :

Cette disposition a pour but de rendre possibles les poursuites pénales lorsque les dispositions du titre II n’ont pas été respectées mais qu’aucun contrat n’a été conclu suite à une violation de la *L.P.C.* On peut ainsi faire la preuve qu’une publicité est trompeuse et poursuivre le contrevenant au pénal même si aucun contrat n’a été conclu avec un ou plusieurs consommateurs suite à cette publicité. [p. 827]

[139] L’applicabilité des dispositions pénales fait l’objet d’une règle spécifique : l’art. 277 *L.p.c.* prévoit qu’une infraction est notamment commise dès lors qu’une personne contrevient à la loi. Cette règle dérogatoire à l’art. 2 de la loi s’explique par le fait que les poursuites pénales sont intentées au nom de l’intérêt général. Il ne s’agit alors pas de défendre l’intérêt privé d’un ou de plusieurs consommateurs, mais plutôt de protéger le public au sens large contre des pratiques commerciales susceptibles de le tromper. En revanche, la règle générale prévue à l’art. 2 *L.p.c.* s’applique forcément lorsque le consommateur recherche la protection de la loi (Masse, p. 28-29), par exemple lorsqu’il veut se prévaloir des recours prévus à l’art. 272 *L.p.c.* L’article 217 *L.p.c.* n’a donc pas vocation à régir les conditions d’ouverture et d’exercice des recours prévus à l’art. 272 *L.p.c.* Les articles 217 et 272 *L.p.c.* se trouvent régis par des principes qui leur sont propres et jouent des rôles distincts au sein de la *L.p.c.*

(6) Application des principes au présent pourvoi

[140] L’appelant n’a demandé aucune mesure de réparation contractuelle en l’espèce. Son recours

equivalent of US\$1 million in damages. Although his motion to institute proceedings is unclear in this respect, it became apparent as the case progressed that this amount is mainly for punitive damages and also includes an incidental amount for an extracontractual claim. We must begin by determining whether the appellant has established the respondents' extracontractual liability on the basis of the principles discussed above.

[141] To establish the respondents' extracontractual liability, the appellant had to show that they had engaged in a prohibited practice. He then had to prove that he had seen the representation constituting a prohibited practice before the contract was formed, amended or performed and that a sufficient nexus existed between the representation and the goods or services covered by the contract. If these facts were proven, the absolute presumption of prejudice would apply and the respondents' extracontractual liability would be triggered for the purposes of s. 272 *C.P.A.* The appellant did prove this. We have already found that the respondents contravened ss. 219 and 228 *C.P.A.* Whether the appellant saw the representations in question does not present any problems, since it is common ground that he subscribed to *Time* magazine after reading the documentation the respondents had sent him. Finally, there is no doubt that a sufficient nexus existed between the content of the Document and *Time* magazine: not only did the Document promote the magazine directly, but the trial judge found that the appellant would not have subscribed to the magazine had he not read the misleading documentation (para. 49). As a result, we find that the appellant has discharged his burden of proving a sufficient nexus between the prohibited practices engaged in by the respondents and his subscription contract with the respondents. This means that for the purposes of s. 272 *C.P.A.*, the Document is deemed to have had a fraudulent effect on the appellant's decision to subscribe to *Time* magazine. The conduct of the respondents that is in issue constitutes a civil fault.

visé plutôt à obtenir l'équivalent d'un million de dollars américains en dommages-intérêts. Bien que sa requête introductive d'instance manque de clarté à cet égard, l'évolution du dossier a révélé que cette somme englobait principalement des dommages-intérêts punitifs et, de façon accessoire, une réclamation de nature extracontractuelle. Il convient d'abord de déterminer si, conformément aux principes dégagés ci-dessus, l'appelant a établi la responsabilité extracontractuelle des intimées.

[141] Pour établir la responsabilité extracontractuelle des intimées, l'appelant doit démontrer qu'elles ont commis une pratique interdite. Il lui faut ensuite prouver qu'il a pris connaissance de la représentation constituant une pratique interdite avant la formation, la modification ou l'exécution du contrat et qu'il existe une proximité suffisante entre la représentation et le bien ou le service visé par le contrat. La présomption absolue de préjudice découlera de la preuve de ces éléments et la responsabilité extracontractuelle des intimées se trouvera alors engagée pour l'application de l'art. 272 *L.p.c.* Cette preuve a été apportée en l'espèce. Nous avons déjà conclu que les intimées ont contrevenu aux art. 219 et 228 *L.p.c.* La prise de connaissance de ces représentations ne pose ici aucune difficulté puisqu'il n'est pas contesté que l'appelant s'est abonné au magazine *Time* après avoir lu la documentation que les intimées lui ont fait parvenir. Enfin, il ne fait aucun doute qu'il existe une proximité suffisante entre le contenu du Document et le magazine *Time* : non seulement le Document en fait-il directement la promotion, mais la juge de première instance a conclu que l'appelant ne se serait pas abonné au magazine *Time* s'il n'avait pas lu la documentation trompeuse (par. 49). En conséquence, nous concluons que l'appelant s'est déchargé de son fardeau de prouver l'existence d'un lien rationnel entre les pratiques interdites commises par les intimées et le contrat d'abonnement l'unissant aux intimées. Pour l'application de l'art. 272 *L.p.c.*, cette conclusion signifie que le Document est réputé avoir eu un effet dolosif sur la décision de l'appelant de s'abonner au magazine *Time*. Le comportement reproché aux intimées constitue une faute civile.

[142] The trial judge found that the respondents' fault had caused moral injuries to the appellant and awarded him \$1,000 in compensatory damages. In this Court, the respondents have not shown that the trial judge erred in assessing the evidence or in applying the legal principles with regard either to their liability or to the quantum of damages. There is no reason for this Court to interfere with those findings. The appeal will accordingly be allowed to restore this part of the trial judge's judgment.

E. *Did the Trial Judge Err in Awarding the Appellant Punitive Damages?*

[143] In this part of our reasons, we must define the legal principles and tests that govern the admissibility of a recourse in punitive damages under s. 272 C.P.A. and the determination of the quantum of such damages. These questions of law will of course be considered on the basis of the trial judge's findings of fact, unless palpable and overriding errors were made in assessing the facts (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 25 and 37; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401).

(1) Independent Nature of Punitive Damages

[144] The respondents argue in their factum that a claim for punitive damages under s. 272 C.P.A., like a claim for compensatory damages, is admissible only if one of the contractual remedies provided for in s. 272(a) to (f) is awarded at the same time (R.F., at para. 91). They submit that the trial judge erred in ordering them to pay punitive damages, because she had not awarded the appellant any of the remedies provided for in s. 272(a) to (f) C.P.A. In our opinion, the respondents' argument is wrong in law and must fail.

[142] La juge de première instance a reconnu que la faute des intimées a causé des dommages moraux à l'appelant. Elle lui a octroyé 1 000 \$ à titre de compensation. Devant notre Cour, les intimées n'ont pas démontré qu'elle avait erré dans son appréciation de la preuve ou dans l'application des principes juridiques, à l'égard tant de leur responsabilité que du quantum des dommages. Aucune raison ne justifierait une intervention de notre Cour à l'égard de ces conclusions. Pour cette raison, l'appel sera accueilli afin de rétablir ce volet du jugement de première instance.

E. *La juge de première instance a-t-elle erré en accordant des dommages-intérêts punitifs à l'appelant?*

[143] Dans cette partie de nos motifs, nous devons préciser les principes de droit et les critères relatifs à la recevabilité d'un recours en dommages-intérêts punitifs intenté en vertu de l'art. 272 L.p.c. et à la fixation du montant de ces dommages-intérêts. Ces questions de droit seront examinées sur la base des constatations de fait de la juge de première instance, comme il se doit, sauf au cas d'erreurs manifestes et dominantes dans leur appréciation (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 25 et 37; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401).

(1) Autonomie des dommages-intérêts punitifs

[144] Dans leur mémoire, les intimées plaignent qu'une demande de dommages-intérêts punitifs fondée sur l'art. 272 L.p.c., à l'instar d'une demande de dommages-intérêts compensatoires, n'est recevable que lorsqu'une mesure de réparation contractuelle prévue aux al. a) à f) de cet article est accordée de façon concomitante (m.i., par. 91). Les intimées soutiennent que la juge de première instance s'est trompée en les condamnant au paiement de dommages-intérêts punitifs, puisqu'elle n'avait accordé à l'appelant aucune des réparations prévues aux al. a) à f) de l'art. 272 L.p.c. À notre avis, la position des intimées est mal fondée en droit et doit être rejetée.

[145] First of all, as with compensatory damages, we must take account of the actual wording of s. 272 C.P.A., which clearly states that consumers who exercise a recourse under that section “may also claim punitive damages”. As we explained above, this confirms that the legislature intended to allow consumers who exercise a recourse under s. 272 C.P.A. to choose between a number of remedies capable of correcting the effects of the violation of the rights conferred on them by the Act. Consumers who exercise the recourse provided for in s. 272 C.P.A. can therefore *choose* to claim contractual remedies, compensatory damages and punitive damages or to claim just one of those remedies. It will then be up to the trial judge to award the remedies he or she considers appropriate in the circumstances.

[146] Moreover, our interpretation is consistent with the one adopted by this Court in *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64. In that case, the Court stated that s. 49, para. 2 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Quebec Charter*”), creates an independent and distinct right to claim punitive damages. In its decision, the Court accepted (at para. 40) the opinion expressed by L’Heureux-Dubé J., dissenting in part, in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 62, that the words “in addition” in s. 49, para. 2 of the *Quebec Charter*

simply mean that a court can not only award compensatory damages but can “in addition”, or equally, as well, moreover, also (see the definition of “*en outre*” in *Le Grand Robert de la langue française* (1986), vol. 6), grant a request for exemplary damages. The latter type of damages is therefore not dependent on the former. [Emphasis in original.]

According to LeBel J. in *de Montigny*, “[t]he solution adopted by L’Heureux-Dubé J. seems in fact to be the appropriate one in cases where, as here, the imperative of preserving government compensation systems is not part of the legal context”

[145] En premier lieu, nous devons prendre en compte, comme dans le cas des dommages-intérêts compensatoires, le libellé même de l’art. 272 L.p.c. Celui-ci indique clairement que le consommateur qui se prévaut d’un recours sous son égide « peut également demander des dommages-intérêts punitifs ». Comme nous l’avons exposé plus haut, cette rédaction confirme que le législateur a voulu permettre au consommateur qui intente un recours en vertu de l’art. 272 L.p.c. de choisir entre un ensemble de mesures réparatrices destinées à corriger les effets de la violation des droits que lui accorde la loi. Ainsi, le consommateur qui exerce un recours prévu par l’art. 272 L.p.c. a le *choix* de demander à la fois des réparations contractuelles, des dommages-intérêts compensatoires et des dommages-intérêts punitifs ou, au contraire, de ne réclamer que l’une de ces mesures. Il appartiendra ensuite au juge de première instance d’accorder les réparations qu’il estimera appropriées dans les circonstances.

[146] De plus, notre interprétation concorde avec celle que notre Cour a adoptée dans l’arrêt *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé que l’art. 49, al. 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), créait un droit autonome et distinct de demander des dommages-intérêts punitifs. À cette occasion, la Cour a accepté (au par. 40) l’opinion de la juge L’Heureux-Dubé, dissidente en partie dans l’arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 62, selon laquelle la locution « en outre » de l’art. 49, al. 2 de la *Charte québécoise*

veut simplement dire que le tribunal peut non seulement accorder des dommages compensatoires, mais « en outre », soit également, en plus de cela, de surcroît, d’autre part, aussi (voir *Le Grand Robert de la langue française* (1986), t. 6), faire droit à une demande de dommages exemplaires. Les seconds ne dépendent donc pas des premiers. [Souligné dans l’original.]

De l’avis du juge LeBel dans l’arrêt *de Montigny*, « [I]a solution retenue par la juge L’Heureux-Dubé semble effectivement celle qui s’impose dans les cas où, comme en l’espèce, l’impératif de préservation des régimes étatiques d’indemnisation est

(para. 42). These comments are also applicable in the instant case.

[147] Consumers can be awarded punitive damages under s. 272 *C.P.A.* even if they are not awarded contractual remedies or compensatory damages at the same time. This means that there was nothing to prevent the trial judge from ordering the respondents to pay punitive damages.

(2) General Criteria for Awarding Punitive Damages

(a) *Heterogeneous Nature of the Criteria in Quebec Civil Law*

[148] The respondents argue that, even if this Court finds that the appellant has the legal interest required to claim punitive damages, such damages cannot be awarded on the facts of this case. The respondents urge the Court to accept that an award of punitive damages under s. 272 *C.P.A.* is appropriate only if the conduct of the merchant or manufacturer was in bad faith or malicious (R.F., at para. 133). They rely in this regard on this Court's reasons in several decisions rendered in cases concerning the common law: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, and *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595. In our opinion, this argument is wrong and must fail.

[149] To begin with, the decisions of this Court upon which the respondents rely were rendered in tort cases at common law. But the conditions for claiming punitive damages are approached very differently in Quebec civil law and at common law. At common law, punitive damages can be awarded in any civil suit in which the plaintiff proves that the defendant's conduct was "malicious, oppressive and high-handed [such] that it offends the court's sense of decency": *Hill*, at para. 196. The requirement that the plaintiff demonstrate misconduct that represents a marked departure from ordinary

absent du contexte juridique » (par. 42). Ces propos sont tout aussi applicables en l'instance.

[147] Le consommateur qui invoque l'art. 272 *L.p.c.* peut obtenir des dommages-intérêts punitifs, même si on ne lui a pas accordé en même temps une réparation contractuelle ou des dommages-intérêts compensatoires. Rien n'empêchait donc la juge de première instance de condamner les intimées à verser des dommages-intérêts punitifs.

(2) Critères encadrant l'octroi de dommages-intérêts punitifs de façon générale

a) *L'hétérogénéité des critères d'octroi en droit civil québécois*

[148] Les intimées soutiennent que, même si notre Cour reconnaissait que l'appelant avait l'intérêt juridique pour demander des dommages-intérêts punitifs en l'instance, les faits de cette affaire ne permettent pas de lui en accorder. En effet, les intimées nous invitent à retenir le critère selon lequel l'attribution des dommages-intérêts punitifs en vertu de l'art. 272 *L.p.c.* n'est appropriée que lorsque la conduite du commerçant ou fabricant est empreinte de mauvaise foi ou de malice (m.i., par. 133). Elles s'appuient à cet égard sur les motifs de notre Cour dans plusieurs arrêts prononcés dans des affaires de common law, *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, et *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595. À notre avis, cet argument est mal fondé et doit être rejeté.

[149] En premier lieu, les arrêts de notre Cour invoqués par les intimées ont été rendus en matière de responsabilité civile de common law. Or, les approches adoptées en droit civil québécois et en common law au sujet des conditions d'ouverture d'une demande de dommages-intérêts punitifs divergent grandement. En effet, la common law prévoit que les dommages-intérêts punitifs peuvent être octroyés dans le cadre de toute poursuite civile où la partie demanderesse prouve que la partie défenderesse a fait montre d'une conduite « malveillante, opprimante et abusive [qui] choque

standards of decency ensures that punitive damages will be awarded only in exceptional cases (*Whiten*, at para. 36).

[150] In Quebec civil law, this test has not been adopted in its entirety. Punitive damages are an exceptional remedy in the civil law, too. Article 1621 *C.C.Q.* provides that they can be awarded only where this is provided for by law. The *Civil Code of Québec* does not create a general scheme for awarding punitive damages and does not establish a right to this remedy in all circumstances :

1621. Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose.

As a result, [TRANSLATION] “punitive damages must be denied where there is no enabling enactment” (J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, *Principes généraux*, at para. 1-364; see also *Béliveau St-Jacques*, at para. 20). The Quebec legislature thus intended to leave it to specific statutes to identify situations in which punitive damages can be awarded and, in some cases, establish the requirements for awarding them or rules for calculating them. Article 1621 *C.C.Q.* plays only a suppletive role by establishing a general principle for awarding such damages and by identifying their purpose.

[151] The legislature has thus retained greater flexibility in structuring specific schemes for awarding punitive damages. A review of Quebec legislation containing provisions that authorize awards of punitive damages confirms the flexibility and variability of the rules applicable to such damages in Quebec law. On the one hand, the enabling provisions take a variety of forms. Not all of them require proof that the act was malicious, oppressive or high-handed, which is required at all times at common law. For example, a violation of s. 1 of the *Tree Protection Act*, R.S.Q., c. P-37,

le sens de dignité de la cour » : *Hill*, par. 196. L’obligation de démontrer une conduite répréhensible représentant un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable assure le caractère exceptionnel de l’octroi de cette forme de dommages-intérêts (*Whiten*, par. 36).

[150] Le droit civil québécois n’adopte pas globalement ce critère. En droit civil, les dommages-intérêts punitifs conservent un caractère exceptionnel. En effet, l’art. 1621 *C.c.Q.* dispose qu’ils ne peuvent être accordés que lorsque la loi le prévoit. Le *Code civil du Québec* ne crée pas un régime général d’attribution de dommages-intérêts punitifs et n’accorde pas un droit à cette réparation en toutes circonstances :

1621. Lorsque la loi prévoit l’attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

En conséquence, « en l’absence d’un texte habilitant, les dommages punitifs doivent être refusés » (J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7^e éd. 2007), vol. I, *Principes généraux*, par. 1-364; voir aussi *Béliveau St-Jacques*, par. 20). Le législateur québécois a donc voulu s’en remettre aux textes des lois particulières qui déterminent les cas où des dommages-intérêts punitifs pourront être accordés et qui, parfois, déterminent les conditions de leur attribution ou leur calcul. L’article 1621 *C.c.Q.* n’intervient qu’à titre supplétif pour établir un principe général d’évaluation des dommages-intérêts et pour identifier leur fonction.

[151] Le législateur se laisse ainsi un degré plus important de flexibilité dans l’aménagement des régimes particuliers d’attribution des dommages-intérêts punitifs. Une analyse de lois québécoises qui contiennent des dispositions autorisant l’octroi de dommages-intérêts punitifs confirme la flexibilité et la variabilité du régime juridique des dommages-intérêts punitifs en droit québécois. D’une part, les dispositions habilitantes sont rédigées de manière variée. Elles n’exigent pas toutes la preuve du caractère malveillant, opprimant ou abusif de l’acte accompli, que requiert en tout

automatically entails the payment of punitive damages. As well, art. 1899 *C.C.Q.*, s. 56 of the *Act respecting prearranged funeral services and sepultures*, R.S.Q., c. A-23.001, and, of particular relevance in this appeal, s. 272 of the *C.P.A.* do not explicitly require malicious or high-handed conduct.

[152] On the other hand, the legislature does sometimes provide that malicious conduct or intentional fault must be proven in order to obtain punitive damages. Some examples are (1) s. 49 of the *Quebec Charter* (unlawful and intentional interference); (2) s. 167 of the *Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1 (gross neglect or intentional infringement); (3) arts. 1968 and 1902 *C.C.Q.* (bad faith or harassment); and (4) s. 67 of the *Petroleum Products Act*, R.S.Q., c. P-30.01 (abusive and unreasonable business practice). If the *Hill* test were applicable by default in Quebec civil law as proposed by the respondents (R.F., at paras. 133-36), it would be very difficult to explain the legislature's decision to insert the equivalent of that test into various statutes.

[153] Thus, unlike in the common law, there is no unified scheme for awarding punitive damages in Quebec civil law. Moreover, it cannot be argued that there is a traditional rule in Quebec civil law to the effect that only malicious misconduct can result in an award of such damages.

(b) *Factors to Consider in Developing Criteria for Awarding Punitive Damages*

[154] In this legislative context, in view of the silence of the Act, the criteria for awarding punitive damages must be established by taking account of the general objectives of punitive damages and those of the legislation in question.

temps la common law. Par exemple, une violation de l'art. 1 de la *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., ch. P-37, entraîne automatiquement une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. De même, l'art. 1899 *C.c.Q.*, l'art. 56 de la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., ch. A-23.001, et, d'une pertinence particulière dans le présent pourvoi, l'art. 272 de la *L.p.c.*, n'exigent pas de manière explicite la présence d'une conduite malveillante ou abusive.

[152] Par contre, le législateur a parfois prévu que la preuve d'une conduite malveillante ou d'une faute intentionnelle était nécessaire pour obtenir des dommages-intérêts punitifs. Prenons à titre d'exemple (1) l'art. 49 de la *Charte québécoise* (atteinte illicite et intentionnelle), (2) l'art. 167 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1 (faute lourde ou atteinte intentionnelle), (3) les art. 1968 et 1902 *C.c.Q.* (mauvaise foi ou harcèlement), et (4) l'art. 67 de la *Loi sur les produits pétroliers*, L.R.Q., ch. P-30.01 (pratique commerciale excessive et déraisonnable). Si le critère de l'arrêt *Hill* était applicable par défaut en droit civil québécois, comme le proposent les intimées (m.i., par. 133-136), la décision du législateur d'en insérer l'équivalent dans diverses lois s'expliquerait fort mal.

[153] Ainsi, contrairement à la common law, le régime des dommages-intérêts punitifs en droit civil québécois n'a pas été unifié. De plus, on ne saurait prétendre qu'il existe en droit civil québécois une règle traditionnelle selon laquelle seule une conduite malveillante et répréhensible permet l'octroi de ce type de dommages-intérêts.

b) *Éléments à considérer dans l'élaboration des critères d'octroi de dommages-intérêts punitifs*

[154] Dans ce contexte législatif, devant le silence de la loi, la détermination des critères d'octroi de dommages-intérêts punitifs doit prendre en compte les objectifs généraux des dommages-intérêts punitifs et ceux de la loi en cause.

[155] Article 1621 C.C.Q. itself requires that the general objectives of punitive damages be taken into account. It indicates that punitive damages are essentially preventive. Under it, the ultimate objective of an award of punitive damages must always be to prevent the repetition of undesirable conduct. This Court has held that the preventive purpose of punitive damages is fulfilled if such damages are awarded where an individual has engaged in conduct the repetition of which must be prevented, or that must be denounced, in the specific circumstances of the case in question (*Béliveau St-Jacques*, at paras. 21 and 126; *de Montigny*, at para. 53). Where a court chooses to punish a wrongdoer for misconduct, its decision indicates to the wrongdoer that he or she will face consequences both for that instance of misconduct and for any repetition of it. An award of punitive damages is based primarily on the principle of deterrence and is intended to discourage the repetition of similar conduct both by the wrongdoer and in society. The award thus serves the purpose of specific and general deterrence. In addition, the principle of denunciation may justify an award where the trier of fact wants to emphasize that the act is particularly reprehensible in the opinion of the justice system. This denunciatory function also helps ensure that the preventive purpose of punitive damages is fulfilled effectively.

[156] The need to also consider the objectives of the legislation in question is justified by the fact that the right to seek punitive damages in Quebec civil law always depends on a specific legislative provision. As well, punitive damages in their current form are not intended to sanction generally every act prohibited by law. Rather, their purpose is to protect the integrity of a legislative scheme by sanctioning any act that is incompatible with the objectives the legislature was pursuing in enacting the statute in question. The types of conduct whose repetition needs to be prevented and the legislature's objectives are determined on the basis of the statute under which a sanction is sought.

[155] L'article 1621 C.c.Q. impose lui-même la prise en compte des objectifs généraux des dommages-intérêts punitifs. En effet, la rédaction de cette disposition confère aux dommages-intérêts punitifs une fonction essentiellement préventive. Suivant cet article, l'octroi de dommages-intérêts punitifs doit toujours conserver pour objectif ultime la prévention de la récurrence de comportements non souhaitables. Notre Cour a reconnu que cette fonction préventive est remplie par l'octroi de dommages-intérêts punitifs dans des situations où un individu a adopté un comportement dont il faut prévenir la répétition ou qu'il faut dénoncer, dans les circonstances précises d'une affaire donnée (*Béliveau St-Jacques*, par. 21 et 126; *de Montigny*, par. 53). Lorsque le tribunal choisit de punir, sa décision indique à l'auteur de la faute que son comportement et la répétition de celui-ci auront des conséquences pour lui. Une condamnation à des dommages-intérêts punitifs est fondée d'abord sur le principe de la dissuasion et vise à décourager la répétition d'un comportement semblable, autant par l'individu fautif que dans la société. La condamnation joue ainsi un rôle de dissuasion particulière et générale. Par ailleurs, le principe de la dénonciation peut aussi justifier une condamnation lorsque le juge des faits désire souligner le caractère particulièrement répréhensible de l'acte dans l'opinion de la justice. Cette fonction de dénonciation contribue elle-même à l'efficacité du rôle préventif des dommages-intérêts punitifs.

[156] La nécessité de prendre également en compte les objectifs de la législation en cause se justifie par le fait que le droit à des dommages-intérêts punitifs en droit civil québécois dépend toujours d'une disposition législative précise. De plus, dans leurs manifestations actuelles, les dommages-intérêts punitifs n'ont pas pour but de punir généralement tout comportement interdit par la loi. Leur fonction consiste plutôt à protéger l'intégrité d'un régime législatif en sanctionnant toute action incompatible avec les objectifs poursuivis par le législateur dans la loi en question. La détermination des types de conduite dont il importe de prévenir la récurrence et des objectifs du législateur s'effectue à partir de la loi en vertu de laquelle une sanction est demandée.

[157] In practice, to discharge its obligation to take the above-mentioned objectives into account, the court must identify the types of conduct that are incompatible with the objectives the legislature was pursuing in enacting the statute in question and that interfere with the achievement of those objectives. Punitive damages can be awarded only for those types of conduct.

(3) Criteria for Awarding Punitive Damages Under Section 272 C.P.A.

[158] Under s. 272 C.P.A., punitive damages can be sought only if it is proved that an obligation resulting from the Act has not been fulfilled. However, s. 272 establishes no criteria or rules for awarding such damages. It is thus necessary to refer to art. 1621 C.C.Q. and determine what criteria for awarding punitive damages would suffice to enable s. 272 C.P.A. to fulfil its function.

[159] The objectives of the Act must therefore be identified to ensure that punitive damages will indeed meet the objectives of art. 1621 C.C.Q.

(a) *Objectives of the C.P.A.*

[160] The C.P.A.'s first objective is to restore the balance in the contractual relationship between merchants and consumers (Roy, at p. 466; L'Heureux and Lacoursière, at pp. 25-26). This rebalancing is necessary because the bargaining power of consumers is weaker than that of merchants both when they enter into contracts and when problems arise in the course of their contractual relationships. It is also necessary because of the risk of informational vulnerability consumers face at every step in their relations with merchants. In sum, the obligations imposed on merchants and the formal requirements for contracts to which the Act applies are intended to restore the balance between the respective contractual powers of merchants and consumers (L'Heureux and Lacoursière, at pp. 26-31).

[157] En pratique, pour s'acquitter de son obligation de prendre en compte les objectifs susmentionnés, le tribunal devra identifier les types de comportements qui sont incompatibles avec les objectifs poursuivis par le législateur dans la loi en cause et dont la perpétration nuit à leur réalisation. L'octroi de dommages-intérêts punitifs ne peut viser que ces types de comportements.

(3) Les critères d'octroi de dommages-intérêts punitifs en vertu de l'art. 272 L.p.c.

[158] Selon l'art. 272 L.p.c., la preuve d'une contravention aux obligations découlant de la loi est nécessaire pour donner ouverture à une demande de dommages-intérêts punitifs. Cependant, l'art. 272 n'établit aucun critère ou règle encadrant l'attribution de ces dommages-intérêts. Il faut donc s'en rapporter aux dispositions de l'art. 1621 C.c.Q. et déterminer quels critères d'attribution de ces dommages-intérêts permettraient à l'art. 272 L.p.c. de remplir sa fonction.

[159] L'identification des objectifs de la loi devient alors nécessaire pour s'assurer que les dommages-intérêts punitifs rempliront bien les fonctions prévues dans l'art. 1621 C.c.Q.

a) *Les objectifs de la L.p.c.*

[160] Le premier objectif de la L.p.c. est le rétablissement d'un équilibre dans les relations contractuelles entre les commerçants et le consommateur (Roy, p. 466; L'Heureux et Lacoursière, p. 25-26). La nécessité de ce rééquilibrage découle de la faiblesse du pouvoir de négociation du consommateur face aux commerçants, autant lors de la conclusion d'un contrat qu'au moment du règlement de problèmes survenant au cours de leurs relations contractuelles. Elle découle également du risque de vulnérabilité informationnelle auquel est exposé le consommateur à toutes les étapes de ses rapports avec des commerçants. En somme, les obligations imposées aux commerçants et le formalisme des contrats régis par la loi visent à établir un équilibre contractuel entre les commerçants et le consommateur (L'Heureux et Lacoursière, p. 26-31).

[161] The C.P.A.'s second objective is to eliminate unfair and misleading practices that may distort the information available to consumers and prevent them from making informed choices (L'Heureux and Lacoursière, at pp. 479 *et seq.*). Most of the measures imposed by the legislature to achieve this objective are found in Title II of the C.P.A., which we discussed above.

[162] The legislature's intention in pursuing these two objectives is to secure the existence of an efficient market in which consumers can participate confidently.

(b) *Differences of Opinion Among Judges About the Criteria for Awarding Punitive Damages Under the C.P.A.*

[163] The criteria to be applied in awarding punitive damages under the C.P.A. are not at all clear from the decisions of the Quebec courts. Sharply conflicting positions can be found both in the case law and in the academic literature. We will discuss these positions before proposing a test for implementing the recourse in punitive damages.

[164] According to one of these positions, proof of conduct that is intentional or in bad faith, or of gross fault or similar behaviour, is necessary. The Quebec Court of Appeal has rejected this approach for more than a decade now (see *Lambert v. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.*, [1998] R.J.Q. 1740 (C.A.), and, more recently, *Brault & Martineau* (C.A.), at para. 44). However, it would seem that some judges have nevertheless continued to require such proof (see, e.g., *Lafontaine v. La Source d'eau Val-d'Or inc.*, 2001 CanLII 10566 (C.Q.), at paras. 50-51; *Jabraian v. Trévi Fabrication Inc.*, 2005 CanLII 10580 (C.Q.), at para. 31; *Santangeli v. 154995 Canada Inc.*, 2005 CanLII 32103 (C.Q.), at paras. 34-35; *Martin v. Rénovations métropolitaines (Québec) ltée*, 2006 QCCQ 1760 (CanLII), at para. 75; *Darveau v. 9034-9770 Québec inc.*, 2005 CanLII 41136 (C.Q.), at para. 123).

[161] La *L.p.c.* possède comme second objectif l'élimination des pratiques déloyales et trompeuses susceptibles de fausser l'information dont dispose le consommateur et de l'empêcher de faire des choix éclairés (L'Heureux et Lacoursière, p. 479 *et suiv.*). Les mesures imposées par le législateur pour atteindre cet objectif se retrouvent, pour la majorité, au titre II de la *L.p.c.*, dont nous avons discuté plus haut.

[162] Par la réalisation de ces deux objectifs, le législateur cherche à sauvegarder l'existence d'un marché efficient où le consommateur peut intervenir avec confiance.

b) *Les divergences jurisprudentielles au sujet des critères d'octroi de dommages-intérêts punitifs sous le régime de la L.p.c.*

[163] L'examen de la jurisprudence québécoise laisse un degré significatif d'incertitude au sujet des critères qui devraient gouverner l'attribution de dommages-intérêts punitifs sous le régime de la *L.p.c.* Nous avons noté la présence de courants jurisprudentiels et doctrinaux nettement divergents. Nous les passerons en revue avant de proposer un critère de mise en œuvre du recours en dommages-intérêts punitifs.

[164] Un premier courant exige la démonstration d'une conduite intentionnelle ou empreinte de mauvaise foi ou encore la preuve d'une faute lourde ou de comportements similaires. La Cour d'appel du Québec a rejeté cette approche depuis déjà plus d'une décennie (voir *Lambert c. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.*, [1998] R.J.Q. 1740 (C.A.), et plus récemment *Brault & Martineau* (C.A.), par. 44). Cependant, il semblerait que certains décideurs continuent à imposer ce fardeau de preuve (voir, p. ex., *Lafontaine c. La Source d'eau Val-d'Or inc.*, 2001 CanLII 10566 (C.Q.), par. 50-51; *Jabraian c. Trévi Fabrication Inc.*, 2005 CanLII 10580 (C.Q.), par. 31; *Santangeli c. 154995 Canada Inc.*, 2005 CanLII 32103 (C.Q.), par. 34-35; *Martin c. Rénovations métropolitaines (Québec) ltée*, 2006 QCCQ 1760 (CanLII), par. 75; *Darveau c. 9034-9770 Québec inc.*, 2005 CanLII 41136 (C.Q.), par. 123).

[165] This position is inconsistent with the objectives of the *C.P.A.* The burden of proof it imposes would not contribute to changing the conduct of merchants and manufacturers. This interpretation of the Act would not encourage merchants and manufacturers to fulfil the obligations imposed on them by the *C.P.A.* Instead, it might suggest to them that they do not have to worry about complying with the Act as long as their violations are not particularly serious. *L'Heureux* and *Lacoursière* note that the requirement of bad faith could sterilize the implementation of the Act, so they propose a test based on conduct [TRANSLATION] “that goes beyond what is normal” (p. 630).

[166] According to the second position, a finding that an obligation imposed by the *C.P.A.* has not been fulfilled is in itself sufficient to justify an award of punitive damages. *Duval Hesler J.A.* (as she then was) took this position in *Brault & Martineau (C.A.)*:

[TRANSLATION] In my opinion, and at the risk of repeating myself, the existence of an unlawful business practice, such as advertising that does not meet the requirements of the CPA, in itself justifies an award of punitive damages. [Emphasis added; para. 45.]

[167] This position lies at the other end of the spectrum of solutions contemplated by the courts. Such a strict, if not automatic, application of s. 272 *C.P.A.* is not necessary to achieve the legislature's objectives.

[168] It is true that consumers should be encouraged to enforce their rights under the *C.P.A.* This does not necessarily mean that court proceedings must always be instituted for this purpose or that informal methods of dispute resolution cannot be considered first. It seems to us that the commencement of proceedings implies the failure of attempts by a consumer and a merchant or manufacturer to resolve their disagreement informally. The rule advocated by *Duval Hesler J.A.* would make an informal resolution less appealing and would encourage the indiscriminate judicialization of disputes that might have been resolved differently. Punitive damages would then be awarded in circumstances in which doing so would serve none

[165] Ce courant ne respecte pas les objectifs de la *L.p.c.* Le fardeau de preuve qu'il impose ne permettrait pas de modifier le comportement des commerçants et fabricants. Cette interprétation de la loi ne les inciterait pas à respecter les obligations que leur impose la *L.p.c.* Elle les inviterait plutôt à penser qu'ils n'ont pas à se préoccuper de respecter la loi, tant que leur violation n'atteint pas un degré élevé de gravité. Les auteurs *L'Heureux* et *Lacoursière* soulignent d'ailleurs que l'exigence de la mauvaise foi risque de stériliser la mise en œuvre de la loi. Ils proposent alors un critère de conduite « qui excède les frontières de la normalité » (p. 630).

[166] Selon le deuxième courant jurisprudentiel, le simple constat d'un manquement à une obligation imposée par la *L.p.c.* justifierait en lui-même l'octroi de dommages-intérêts punitifs. La juge *Duval Hesler* (maintenant juge en chef) a adopté cette position dans l'arrêt *Brault & Martineau (C.A.)* :

À mon avis, et au risque de me répéter, l'existence d'une pratique commerciale illégale, telle la publicité qui ne satisfait pas aux exigences de la LPC, justifie à elle seule l'attribution de dommages punitifs. [Nous soulignons; par. 45.]

[167] Cette position se situe à l'autre extrême du spectre des solutions envisagées par la jurisprudence. Une application aussi stricte, sinon automatique, de l'art. 272 *L.p.c.* n'est pas nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis par le législateur.

[168] Il est vrai qu'il convient d'encourager le consommateur à faire respecter les droits que lui confère la *L.p.c.* Cette préoccupation ne signifie pas inéluctablement que la mise en œuvre de ces droits se réalise toujours par la voie de poursuites judiciaires et que des efforts de résolution informelle ne puissent être envisagés préalablement. L'institution d'une poursuite suppose, il nous semble, l'échec d'efforts de règlement informel du différend entre le consommateur et le commerçant ou fabricant. La règle préconisée par la juge *Duval Hesler* réduit l'attrait d'une telle résolution et encouragerait la judiciarisation aveugle de différends qui auraient pu se régler autrement. On imposerait alors des condamnations à des dommages-intérêts

of the objectives of the C.P.A. or of punitive damages generally.

[169] According to a third position, an award of punitive damages is justified where there is proof of a certain carelessness by a merchant or manufacturer with respect to the Act and the conduct it is supposed to prevent. As we shall see, however, the exact level of carelessness required to satisfy this test has been defined in various, inconsistent ways by authors and judges.

[170] The carelessness test is stated in its most basic form by Professor Masse:

[TRANSLATION] For [punitive damages] to be awarded, therefore, it is sufficient that the merchant display carelessness with respect to the Act and the conduct it is supposed to prevent. [p. 1000]

[171] Quebec courts have adopted Professor Masse's opinion in several judgments: *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, at para. 724; *Gastonguay v. Entreprises D. L. Paysagiste*, 2004 CanLII 31925 (C.Q.), at paras. 77-79; and *Mathurin v. 3086-9069 Québec Inc.*, 2003 CanLII 19131 (Que. Sup. Ct.), at para. 18.

[172] In *Systèmes Techno-Pompes inc. v. Tremblay*, 2006 QCCA 987, [2006] R.J.Q. 1791, the Quebec Court of Appeal opted for a test of carelessness that is serious enough to justify an award of punitive damages:

[TRANSLATION] Finally, the most important aspect of exemplary damages is the prevention of similar conduct. Before awarding such damages, a court must assess the merchant's conduct to determine whether it displays carelessness with respect to the consumer's rights that is serious enough to justify imposing an additional sanction in order to prevent the conduct from being repeated.

It was this last objective of punishment and deterrence that the trial judge adopted as a basis for awarding exemplary damages. It can hardly be concluded that the appellant displayed malice and carelessness that

punitifs dans des circonstances où leur octroi ne servirait aucun des objectifs de la *L.p.c.* ni de ceux des dommages-intérêts punitifs de façon générale.

[169] Selon un troisième courant, la preuve d'une certaine mesure d'insouciance de la part du commerçant ou fabricant face à la loi et au comportement qu'elle cherche à réprimer justifierait une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. Cependant, comme nous le verrons, la mesure exacte d'insouciance requise pour satisfaire à ce critère, selon les auteurs et les tribunaux, est variable et inconstante.

[170] Ce critère de l'insouciance est énoncé dans sa forme la plus élémentaire par le professeur Masse :

Il suffit donc que la conduite du commerçant démontre une insouciance face à la loi et aux comportements que la loi cherche à réprimer pour que [des dommages-intérêts punitifs] soient accordés. [p. 1000]

[171] Les tribunaux québécois ont adopté l'opinion exprimée par le professeur Masse dans plusieurs jugements : *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, par. 724; *Gastonguay c. Entreprises D. L. Paysagiste*, 2004 CanLII 31925 (C.Q.), par. 77-79; *Mathurin c. 3086-9069 Québec Inc.*, 2003 CanLII 19131 (C.S. Qué.), par. 18.

[172] La Cour d'appel du Québec a opté pour un critère d'insouciance assez sérieuse pour justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs, dans l'arrêt *Systèmes Techno-Pompes inc. c. Tremblay*, 2006 QCCA 987, [2006] R.J.Q. 1791 :

Enfin, l'aspect le plus important des dommages-intérêts exemplaires consiste à prévenir des comportements semblables. Avant d'octroyer de tels dommages, le tribunal doit apprécier la conduite du commerçant afin de déterminer si elle manifeste une insouciance des droits du consommateur d'une manière assez sérieuse pour justifier une sanction supplémentaire et pour prévenir la récidive.

C'est ce dernier objectif de châtement et de dissuasion qu'a retenu la juge de première instance pour accorder des dommages exemplaires. On peut difficilement conclure que l'appelante a manifesté une malveillance

were serious enough to justify an additional sanction. [Emphasis added; paras. 33-34.]

[173] Similarly, in *Champagne v. Toitures Couture et Associés inc.*, [2002] R.J.Q. 2863, Poulin J. of the Quebec Superior Court denied an award of punitive damages on the basis that there was little risk of the defendant acting carelessly again with respect to the application of the Act (para. 79).

[174] According to the Court of Appeal in *Systèmes Techno-Pompes inc.* and the Superior Court in *Champagne*, a violation of the *C.P.A.* that results from mere carelessness by a merchant will not as a general rule suffice to justify an award of punitive damages. Although we accept this proposition in principle, it is our opinion that the decision to award punitive damages should also not be based solely on the seriousness of the carelessness displayed at the time of the violation. That would encourage merchants and manufacturers to be imaginative in not fulfilling their obligations under the *C.P.A.* rather than to be diligent in fulfilling them. As we will explain below, our position is that the seriousness of the carelessness must be considered in the context of the merchant's conduct both before and after the violation. At this point, we will look more specifically at the types of conduct other than carelessness that are covered by the recourse in punitive damages provided for in s. 272 *C.P.A.*

(c) *Criteria for Awarding Punitive Damages*

[175] In establishing the criteria for awarding punitive damages under s. 272 *C.P.A.*, it must be borne in mind that the *C.P.A.* is a statute of public order. No consumer may waive in advance his or her rights under the Act (s. 262 *C.P.A.*), nor may any merchant or manufacturer derogate from the Act, except to offer more advantageous warranties (s. 261 *C.P.A.*). The provisions on prohibited practices are also of public order (*L'Heureux and Lacoursière*, at pp. 443 *et seq.*).

et une insouciance assez sérieuses pour justifier une sanction supplémentaire. [Nous soulignons; par. 33-34.]

[173] De la même façon, dans *Champagne c. Toitures Couture et Associés inc.*, [2002] R.J.Q. 2863, la juge Poulin de la Cour supérieure du Québec a refusé d'octroyer des dommages-intérêts punitifs parce que les risques de répétition par la défenderesse d'un comportement insouciant face à l'application de la loi étaient minimes (par. 79).

[174] Selon la Cour d'appel, dans l'arrêt *Systèmes Techno-Pompes inc.*, et la Cour supérieure, dans l'affaire *Champagne*, une violation de la *L.p.c.* résultant de la simple insouciance du commerçant ne suffirait pas, en règle générale, pour justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Bien que nous acceptions en principe ce postulat, à notre avis, la décision d'octroyer des dommages-intérêts punitifs ne devrait pas non plus se baser seulement sur le niveau de gravité de l'insouciance au moment de la violation. En effet, on encouragerait alors les commerçants et les fabricants à faire preuve d'imagination dans l'inexécution de leurs obligations sous le régime de la *L.p.c.*, plutôt que de diligence dans l'exécution de celles-ci. Comme nous l'expliquerons plus bas, notre position veut que l'analyse du caractère sérieux de l'insouciance s'effectue dans le contexte du comportement du commerçant tant avant qu'après la violation. À cette occasion, nous examinerons de façon plus précise les types de comportements, autres que l'insouciance, que vise le recours en dommages-intérêts punitifs prévu à l'art. 272 *L.p.c.*

c) *Les critères d'octroi de dommages-intérêts punitifs*

[175] Dans la détermination des critères d'octroi de dommages-intérêts punitifs en vertu de l'art. 272 *L.p.c.*, il est important de rappeler que la *L.p.c.* est une loi d'ordre public. Le consommateur ne peut renoncer à l'avance aux droits que lui accorde la loi (art. 262 *L.p.c.*). Les commerçants et fabricants ne peuvent non plus y déroger, sauf pour offrir des garanties plus avantageuses (art. 261 *L.p.c.*). De même, les dispositions relatives aux pratiques interdites ont un caractère d'ordre public (*L'Heureux et Lacoursière*, p. 443 *et suiv.*).

[176] The fact that the consumer-merchant relationship is subject to rules of public order highlights the importance of those rules and the need for the courts to ensure that they are strictly applied. Therefore, merchants and manufacturers cannot be lax, passive or ignorant with respect to consumers' rights and to their own obligations under the *C.P.A.* On the contrary, the approach taken by the legislature suggests that they must be highly diligent in fulfilling their obligations. They must therefore make an effort to find out what obligations they have and take reasonable steps to fulfil them.

[177] In our opinion, therefore, the purpose of the *C.P.A.* is to prevent conduct on the part of merchants and manufacturers in which they display ignorance, carelessness or serious negligence with respect to consumers' rights and to the obligations they have to consumers under the *C.P.A.* Obviously, the recourse in punitive damages provided for in s. 272 *C.P.A.* also applies, for example, to acts that are intentional, malicious or vexatious.

[178] The mere fact that a provision of the *C.P.A.* has been violated is not enough to justify an award of punitive damages, however. Thus, where a merchant realizes that an error has been made and tries diligently to solve the problems caused to the consumer, this should be taken into account. Neither the *C.P.A.* nor art. 1621 *C.C.Q.* requires a court to be inflexible or to ignore attempts by a merchant or manufacturer to correct a problem. A court that has to decide whether to award punitive damages should thus consider not only the merchant's conduct prior to the violation, but also how (if at all) the merchant's attitude toward the consumer, and toward consumers in general, changed after the violation. It is only by analysing the whole of the merchant's conduct that the court will be able to determine whether the imperatives of prevention justify an award of punitive damages in the case before it.

[176] L'assujettissement des relations consommateurs-commerçants à des règles d'ordre public met en évidence l'importance de ces dernières et la nécessité pour les tribunaux de veiller à leur application stricte. Les commerçants et fabricants ne peuvent donc adopter une attitude laxiste, passive ou ignorante à l'égard des droits du consommateur et des obligations que leur impose la *L.p.c.* Au contraire, l'approche adoptée par le législateur suggère qu'ils doivent faire preuve d'une grande diligence dans l'exécution de leurs obligations. Ils doivent donc manifester le souci de s'informer de leurs obligations et de mettre en place des mesures raisonnables pour en assurer le respect.

[177] Ainsi, selon nous, la *L.p.c.* cherche à réprimer chez les commerçants et fabricants des comportements d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse à l'égard des droits du consommateur et de leurs obligations envers lui sous le régime de la *L.p.c.* Évidemment, le recours en dommages-intérêts punitifs prévu à l'art. 272 *L.p.c.* s'applique aussi aux actes intentionnels, malveillants ou vexatoires, par exemple.

[178] Cependant, le simple fait d'une violation d'une disposition de la *L.p.c.* ne suffirait pas à justifier une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. Par exemple, on devrait prendre en compte l'attitude du commerçant qui, constatant une erreur, aurait tenté avec diligence de régler les problèmes causés au consommateur. Ni la *L.p.c.*, ni l'art. 1621 *C.c.Q.* n'exigent une attitude rigoriste et aveugle devant les efforts d'un commerçant ou d'un fabricant pour corriger le problème survenu. Ainsi, le tribunal appelé à décider s'il y a lieu d'octroyer des dommages-intérêts punitifs devrait apprécier non seulement le comportement du commerçant avant la violation, mais également le changement (s'il en est) de son attitude envers le consommateur, et les consommateurs en général, après cette violation. Seule cette analyse globale du comportement du commerçant permettra au tribunal de déterminer si les impératifs de prévention justifient une condamnation à des dommages-intérêts punitifs dans une affaire donnée.

(d) *Summary of Principles*

[179] The principles applicable to the recourse in punitive damages under the *C.P.A.* can be summarized as follows:

- The current rule in Quebec civil law is that punitive damages may be awarded only if there is a legislative provision authorizing them;
- Once an enabling legislative provision has been identified, the court must first determine whether the plaintiff has the interest required to claim punitive damages under that provision;
- The court is bound by any criteria for awarding punitive damages established in the enabling provision;
- If the conditions for awarding punitive damages or the criteria for assessing them are not set out in the enabling statute, the court must consider the general provisions of art. 1621 *C.C.Q.* and the objectives of the enabling statute;
- For this purpose, the court must identify the conduct that is to be sanctioned to discourage its repetition, having regard to the general objectives of punitive damages under art. 1621 *C.C.Q.* and the objectives the legislature was pursuing in enacting the statute in question. The court must determine (1) whether the conduct is incompatible with the objectives the legislature was pursuing in enacting the statute and (2) whether it interferes with the achievement of those objectives.

[180] In the context of a claim for punitive damages under s. 272 *C.P.A.*, this analytical approach applies as follows:

- The punitive damages provided for in s. 272 *C.P.A.* must be awarded in accordance with art. 1621 *C.C.Q.* and must have a preventive objective, that is, to discourage the repetition of undesirable conduct;

d) *Récapitulation des principes*

[179] Pour récapituler, les principes applicables au recours en dommages-intérêts punitifs sous le régime de la *L.p.c.* peuvent se résumer comme suit :

- Actuellement, le droit civil québécois ne permet l'octroi de dommages-intérêts punitifs que si une disposition législative le prévoit;
- Une fois une disposition législative habilitante identifiée, le tribunal doit en premier lieu décider si le demandeur possède l'intérêt requis pour demander des dommages-intérêts punitifs en vertu de cette disposition législative;
- Le tribunal est lié par les critères établis, le cas échéant, par la disposition législative habilitante à l'égard de l'attribution de dommages-intérêts punitifs;
- Si la loi habilitante ne prévoit pas les conditions d'attribution de dommages-intérêts punitifs ou les critères de leur évaluation, le tribunal doit prendre en compte les dispositions générales de l'art. 1621 *C.c.Q.* et les objectifs de la loi en cause;
- À cette fin, le tribunal doit identifier les comportements qui, eu égard aux objectifs généraux des dommages-intérêts punitifs selon l'art. 1621 *C.c.Q.* et aux objectifs du législateur dans la loi concernée, doivent être réprimés pour décourager leur récurrence. Le tribunal doit déterminer s'il se trouve devant des comportements (1) qui sont incompatibles avec les objectifs poursuivis par le législateur dans la loi en cause et (2) dont la perpétration nuit à leur réalisation.

[180] Dans le cas d'une demande de dommages-intérêts punitifs fondée sur l'art. 272 *L.p.c.*, la méthode analytique ci-haut mentionnée s'applique comme suit :

- Les dommages-intérêts punitifs prévus par l'art. 272 *L.p.c.* seront octroyés en conformité avec l'art. 1621 *C.c.Q.*, dans un objectif de prévention pour décourager la répétition de comportements indésirables;

- Having regard to this objective and the objectives of the *C.P.A.*, violations by merchants or manufacturers that are intentional, malicious or vexatious, and conduct on their part in which they display ignorance, carelessness or serious negligence with respect to their obligations and consumers' rights under the *C.P.A.* may result in awards of punitive damages. However, before awarding such damages, the court must consider the whole of the merchant's conduct at the time of and after the violation.
- Compte tenu de cet objectif et des objectifs de la *L.p.c.*, les violations intentionnelles, malveillantes ou vexatoires, ainsi que la conduite marquée d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse de la part des commerçants ou fabricants à l'égard de leurs obligations et des droits du consommateur sous le régime de la *L.p.c.* peuvent entraîner l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Le tribunal doit toutefois étudier l'ensemble du comportement du commerçant lors de la violation et après celle-ci avant d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

F. *Is the Appellant Entitled to Punitive Damages in This Case?*

[181] The trial judge found that the respondents had intentionally violated the *C.P.A.* in a calculated manner:

The very same “conditional” wording which enabled Time to avoid the argument that a contract was formed or that it undertook unconditionally to pay \$833,337 to Mr. Richard, illustrates the contention that this document was *specifically designed to mislead the recipient*, that it contains misleading and even false representations, contrary to the clear wording of [section] 219 of the *Consumer Protection Act* [Italics in original, underlining added; para. 34.]

[182] These findings contain no palpable and overriding errors. Accordingly, this Court would not be justified in changing them.

[183] These findings are fatal to the respondents' defence in the circumstances of this case. The violations in issue were intentional and calculated. Moreover, nothing in the evidence indicates that, after the appellant complained, the respondents took corrective action to make their advertising clear or consistent with the letter and spirit of the *C.P.A.* On the contrary, the evidence suggests that they rejected his entire claim and proposed nothing. An award of punitive damages was therefore justified.

[184] For these reasons, we would allow the appellant's recourse in respect of the claim for

F. *L'appellant a-t-il droit à des dommages-intérêts punitifs en l'instance?*

[181] La juge de première instance a conclu que les intimées avaient commis une violation intentionnelle et calculée de la *L.p.c.* :

[TRADUCTION] Le même emploi de la forme « conditionnelle », qui a permis à Time d'échapper à l'argument qu'un contrat était intervenu ou qu'elle s'était engagée à verser à M. Richard, sans condition, la somme de 833 337 \$, illustre bien la prétention que ce document a été *conçu expressément de manière à tromper son destinataire*, qu'il contient des représentations trompeuses ou même fausses, et ce, en contravention du texte explicite de l'article 219 de la *Loi sur la protection du consommateur* . . . [En italique dans l'original, nous soulignons; par. 34.]

[182] Ces conclusions ne sont entachées d'aucune erreur manifeste et dominante. Il ne serait donc pas justifié que notre Cour les modifie.

[183] Ces conclusions sont fatales pour les intimées dans le contexte de la présente affaire. Les violations relevées sont intentionnelles et calculées. De plus, rien dans la preuve n'indique que les intimées ont pris des mesures correctives après la plainte de l'appellant afin de rendre leurs publicités claires ou conformes à la lettre et à l'esprit de la *L.p.c.* Au contraire, selon la preuve, elles ont rejeté sa réclamation en totalité et n'ont rien proposé. Une condamnation à des dommages-intérêts punitifs se justifiait donc.

[184] Pour ces raisons, nous sommes d'avis d'accueillir le recours de l'appellant à l'égard de sa

punitive damages. The appropriate quantum of damages remains to be determined.

G. *What is the Appropriate Quantum of Damages in This Case?*

[185] The trial judge fixed the quantum of the punitive damages payable by the respondents to the appellant at \$100,000. The respondents challenge the fairness of this amount, arguing that the trial judge erred in several respects in determining the appropriate quantum of punitive damages. They submit that, if this Court upholds the trial judge's decision to award punitive damages, the quantum should be reduced significantly.

[186] More specifically, the respondents criticize the trial judge for (1) speculating about the number of violations of the *C.P.A.* they had committed; (2) taking what she perceived as a violation of the *Charter of the French language* into consideration in her assessment of the gravity of their conduct; and (3) making inferences about their patrimonial situation without a sufficient factual basis.

[187] Finally, according to the respondents, the trial judge's decision to fix the quantum of punitive damages at \$100,000 was arbitrary. At paragraph 71 of her reasons, the trial judge stated that she had chosen that amount because it was the amount of the bonus prize the appellant had a chance to win in addition to the grand prize of US\$833,337 if he validated his entry within five days after receiving the Document. The respondents seem to be arguing that it was irrational to fix the quantum at \$100,000 in these circumstances.

(1) Role of Trial Courts

[188] This appeal highlights the problems trial judges face in calculating punitive damages. Although they have a discretion in this regard,

demande de dommages-intérêts punitifs. Il reste maintenant à déterminer le montant de dommages-intérêts approprié.

G. *Quel est le quantum approprié des dommages-intérêts dans la présente affaire?*

[185] La juge de première instance a fixé à 100 000 \$ les dommages-intérêts punitifs payables par les intimées à l'appelant. Les intimées contestent la justesse de la somme accordée, alléguant que la juge de première instance a erré à plusieurs égards dans son processus de détermination du quantum approprié des dommages-intérêts punitifs. Elles plaident que, si notre Cour confirmait la décision de la juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts punitifs, leur montant devrait être réduit substantiellement.

[186] Spécifiquement, les intimées reprochent à la juge de première instance d'avoir (1) spéculé sur le nombre de violations de la *L.p.c.* qu'elles auraient commises; (2) pris en compte ce qu'elle percevait comme une violation des dispositions de la *Charte de la langue française*, dans son évaluation de la gravité de leur conduite; et (3) tiré des inférences quant à leur situation patrimoniale sans assises factuelles suffisantes.

[187] Finalement, selon les intimées, la décision de la juge de première instance de retenir la somme de 100 000 \$ comme quantum des dommages-intérêts punitifs était arbitraire. En effet, au par. 71 de ses motifs, la juge de première instance indique avoir choisi ce montant parce qu'il représenterait la somme additionnelle que l'appelant avait la chance de gagner en sus du gros lot de 833 337 \$US, s'il validait son inscription à l'intérieur d'un délai de cinq jours après la réception du Document. Les intimées semblent prétendre qu'il était irrationnel de fixer les dommages-intérêts punitifs à ce montant de 100 000 \$ dans ce contexte.

(1) Le rôle des tribunaux de première instance

[188] Le pourvoi souligne les difficultés que le calcul des dommages-intérêts punitifs présente pour le juge de première instance. Bien qu'il

they must exercise it judicially and must also, to the extent possible, comply with the practice established by the courts and consider all the specific circumstances of each case, bearing in mind the principles of deterrence, punishment and denunciation that underlie punitive damages.

[189] Since this task requires trial judges to examine the facts carefully, the Court of Appeal must show considerable deference before varying the quantum of damages. It must not set aside a trial judge's decision in respect of findings and inferences of fact related to the assessment of damages absent a palpable and overriding error (*Housen*, at paras. 1-6, 10 and 25; *H.L.*, at para. 53; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 129; *Landry v. Quesnel*, [2002] R.J.Q. 80 (C.A.), at para. 31; C. Dallaire, "La gestion d'une réclamation en dommages exemplaires: éléments essentiels à connaître quant à la nature et l'objectif de cette réparation, les éléments de procédure et de preuve incontournables ainsi que l'évaluation du quantum", in *Congrès annuel du Barreau du Québec (2007)*, at p. 168).

[190] It should be borne in mind that a trial court has latitude in determining the quantum of punitive damages, provided that the amount it awards remains within rational limits in light of the specific circumstances of the case before it (*St-Ferdinand*, at para. 125; *Whiten*, at para. 100). Appellate intervention will be warranted only where there has been an error of law or a wholly erroneous assessment of the quantum. An assessment will be wholly erroneous if it is established that the trial court clearly erred in exercising its discretion, that is, if the amount awarded was not rationally connected to the purposes being pursued in awarding punitive damages in the case before the court (*St-Ferdinand*, at para. 129; *Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209 (Que. C.A.)). In our opinion, errors of this nature have been made in the case at bar,

possède une discrétion en cette matière, le juge doit l'exercer judiciairement et aussi, autant que possible, respecter la pratique déjà établie par la jurisprudence et prendre en considération l'ensemble des circonstances particulières de chaque cas, et ce, en conformité avec les principes de dissuasion, de punition et de dénonciation des dommages-intérêts punitifs.

[189] Puisque l'exécution de cette tâche impose au juge du procès un examen attentif des faits, la Cour d'appel doit faire preuve de beaucoup de retenue avant de modifier le quantum des dommages-intérêts. Elle ne doit pas infirmer la décision de première instance à propos de conclusions et inférences de fait relatives à la fixation de ces dommages-intérêts en l'absence d'une erreur manifeste et dominante (*Housen*, par. 1-6, 10 et 25; *H.L.*, par. 53; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 129; *Landry c. Quesnel*, [2002] R.J.Q. 80 (C.A.), par. 31; C. Dallaire, « La gestion d'une réclamation en dommages exemplaires : éléments essentiels à connaître quant à la nature et l'objectif de cette réparation, les éléments de procédure et de preuve incontournables ainsi que l'évaluation du quantum », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2007)*, p. 168).

[190] On doit se rappeler que le tribunal de première instance jouit d'une latitude dans la détermination du montant des dommages-intérêts punitifs, pourvu que la somme fixée demeure dans des limites rationnelles, eu égard aux circonstances précises d'une affaire donnée (*St-Ferdinand*, par. 125; *Whiten*, par. 100). Une intervention en appel ne se justifiera qu'en présence d'une erreur de droit ou d'une erreur sérieuse dans l'évaluation du montant. L'erreur d'évaluation sera jugée sérieuse lorsqu'il sera établi que le tribunal de première instance a exercé sa discrétion judiciaire d'une façon manifestement erronée, c.-à-d. lorsque le montant octroyé n'était pas rationnellement relié aux objectifs de l'attribution de dommages-intérêts punitifs dans l'affaire dont il était saisi (*St-Ferdinand*, par. 129; *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.)). À notre

and they warrant the intervention of this Court in assessing the quantum of punitive damages.

(2) Trial Judge's Assessment of the Quantum of Punitive Damages

[191] In her decision to award punitive damages, the trial judge began by noting that the respondents' fault was of considerable gravity, since they had sent false and misleading advertisements to thousands of French-speaking consumers in Quebec. The respondents sharply dispute this finding of fact by the trial judge. In their view, no evidence was adduced to support this finding, and the appropriate quantum of punitive damages should instead have been established on the assumption that only *one* advertisement was sent to only *one* consumer (R.F., at para. 109).

[192] This argument is untenable. William Miller, Director of Promotion Policy for the respondent Time Consumer Marketing Inc., himself testified that “[t]he sweepstakes are used to attract attention to our subscription promotions” (A.R., vol. II, at p. 4). He also explained in detail that Time Inc. had decided to send out direct mailings using several lists of names in order to increase subscriptions (A.R., vol. II, at p. 5). The mailings were personalized to attract the attention of consumers and invite them to subscribe to *Time* magazine (trial judgment, at para. 21; A.R., vol. II, at pp. 4 and 5). We infer from Mr. Miller's testimony that the distribution of such mailings was not only a common practice for the respondents but was also done on a large scale. In light of this evidence, although the trial judge did not have evidence that could indicate the precise number of mailings, her finding cannot be characterized as wholly erroneous. In our opinion, the gist of her finding was that the respondents had sent many mailings in Quebec to a large number of consumers. The evidence supporting this finding was something she could properly consider in analysing the gravity of the respondents' conduct in this case. The quantum of

avis, des erreurs de cette nature ont été commises en l'espèce et justifient l'intervention de notre Cour à l'égard du montant des dommages-intérêts punitifs.

(2) La fixation du montant des dommages-intérêts punitifs par la juge de première instance

[191] Dans sa décision d'accorder des dommages-intérêts punitifs, la juge de première instance a d'abord souligné que la faute des intimées était d'une gravité appréciable puisqu'elles avaient envoyé des publicités fausses et trompeuses à des milliers de consommateurs francophones du Québec. Les intimées ont vivement critiqué cette conclusion de fait de la juge de première instance. À leur avis, aucune preuve n'appuyait cette conclusion. D'après elles, la détermination du montant de dommages-intérêts punitifs approprié aurait plutôt dû se faire en supposant que seule *une* publicité avait été envoyée à *un* seul consommateur (m.i., par. 109).

[192] Cette prétention est insoutenable. En effet, William Miller, directeur des politiques promotionnelles de l'intimée Time Consumer Marketing Inc., a lui-même témoigné qu'[TRADUCTION] « [o]n utilise les concours pour attirer l'attention sur nos promotions d'abonnement » (d.a., vol. II, p. 4). Il a également expliqué en détail que, dans un désir d'attirer plus d'abonnés, Time Inc. avait décidé d'envoyer des messages « publipostés » en se servant de plusieurs listes de noms (d.a., vol. II, p. 5). Les envois postaux étaient personnalisés pour attirer l'attention des consommateurs et les inviter à s'abonner au magazine *Time* (jugement de première instance, par. 21; d.a., vol. II, p. 4 et 5). Nous déduisons de ce témoignage que la distribution de ces envois postaux était non seulement pratique courante chez les intimées, mais s'effectuait également à grande échelle. À la lumière de ces éléments de preuve, bien que la juge de première instance n'ait pas disposé d'une preuve capable d'indiquer avec précision le nombre d'envois postaux effectués, sa conclusion ne peut être qualifiée de sérieusement erronée. L'essentiel de sa conclusion était, à notre avis, que les intimées avaient distribué un grand nombre d'envois postaux sur le territoire québécois

punitive damages cannot therefore be revised on this basis.

[193] The respondents also challenge the trial judge's findings (1) that Time Inc. violated the *Charter of the French language*, in particular by sending out advertising material in English only (paras. 64-65), and (2) that this violation had to be taken into consideration in determining the appropriate quantum. On this issue, the respondents are correct. It was not open to the trial judge to consider the *Charter of the French language* in assessing the appropriate quantum of punitive damages. The *C.P.A.* and the *Charter of the French language* are two separate statutes with distinct legislative objectives. Moreover, violations of the *Charter of the French language* are sanctioned pursuant to its own provisions.

[194] Finally, the respondents argue that the trial judge made palpable and overriding errors in her conclusions respecting their patrimonial situation. First of all, they submit that she erred in finding that William Miller, Director of Promotion Policy for Time Consumer Marketing Inc., had admitted in his testimony that the company "certainly [had] the capacity to pay the amount of US\$833,337" (*per* Cohen J., at para. 24). A second submission the respondents make in this regard is that there was no basis in the facts for the trial judge's finding that the evidence established that their advertising campaign was lucrative in terms of the subscriptions they generated. We are in partial agreement with the respondents on this point. In our opinion, the trial judge did in fact err in attributing to Mr. Miller an admission he had not actually made. On the other hand, we do not consider it unreasonable for her to find that the respondents' advertising campaign was profitable.

à de nombreux consommateurs. La preuve supportant cette conclusion constituait, à bon titre, un fait qu'elle pouvait considérer dans l'analyse de la gravité de la conduite des intimées dans la présente affaire. Il n'y a donc pas lieu de réviser le montant des dommages-intérêts punitifs octroyés sur cette base.

[193] Les intimées ont également attaqué les conclusions de la juge de première instance voulant que (1) Time Inc. ait violé la *Charte de la langue française*, notamment en faisant parvenir du matériel publicitaire en langue anglaise uniquement (par. 64-65), et que (2) cette violation doive être prise en compte dans la détermination du quantum approprié. Sur cette question, les intimées ont raison. La juge de première instance ne pouvait considérer la *Charte de la langue française* dans son évaluation du quantum approprié des dommages-intérêts punitifs. La *L.p.c.* et la *Charte de la langue française* sont deux lois distinctes qui possèdent des objectifs législatifs particuliers. Les violations à la *Charte de la langue française* sont d'ailleurs sanctionnées par ses propres recours.

[194] Enfin, les intimées ont reproché à la juge de première instance d'avoir commis des erreurs manifestes et dominantes dans ses conclusions ayant trait à leur situation patrimoniale. D'une part, elles soumettent qu'elle a conclu erronément que M. William Miller, directeur des politiques promotionnelles de Time Consumer Marketing Inc., avait admis dans son témoignage que l'entreprise avait [TRADUCTION] « certainement la capacité de payer un montant de 833 337 \$US » (la juge Cohen, par. 24). D'autre part, elles lui reprochent d'avoir conclu, sans assises factuelles aucunes, que la preuve établissait que leur campagne publicitaire était lucrative, eu égard aux abonnements qu'elle générerait. Nous sommes partiellement en accord avec les prétentions des intimées. À notre avis, la juge de première instance a effectivement erré en imputant à M. Miller une admission qu'il n'avait pas réellement faite. Par contre, nous ne croyons pas qu'il était déraisonnable de la part de la juge de première instance de conclure que la campagne publicitaire des intimées était profitable.

[195] Where Mr. Miller's testimony is concerned, we, like the respondents, were unable to find any admission in it that Time Inc. was capable of paying the amount of US\$833,337 claimed by the appellant. Quite the contrary, it is clear from his testimony that at no time did Mr. Miller attempt to quantify the company's assets or assess its ability to pay. Indeed, he said he was unable to do so because he was not part of the company's financial team (testimony of William Miller, at p. 32, lines 2-4). We believe it would be helpful to reproduce the relevant passage from Mr. Miller's testimony on this point:

THE COURT:

[William Miller] admitted [that Time Inc.] did [use the advertising scheme at issue over the years]. Why don't you ask him if Time is able to pay that amount if I would award the amount in the claim, the part of the claim which relates to moral and punitive damages?

[HUBERT SIBRE]:

Q. 338 Would Time be able to pay this amount? Would it have the solvency to pay this amount if ever condemned?

[A.] You know, I'm not part of the financial structure of the company so I really can't comment on that. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 31-32.]

[196] This passage speaks for itself. The trial judge's finding that Mr. Miller had made an admission regarding Time Inc.'s ability to pay had no basis in the facts and constituted a palpable error. The trial judge was not therefore in a position to make, as she did, findings with respect to the respondents' patrimonial situation on the basis of this testimony.

[197] However, our conclusion is quite different as to the trial judge's finding that the respondents' advertising campaign that led to this litigation was profitable. The respondents argue that it was not open to the trial judge to make this finding, (1) because all that had been proven was that a single consumer had purchased a single subscription, and

[195] En ce qui a trait au témoignage de M. Miller, nous sommes, à l'instar des intimées, incapables de déceler dans celui-ci une quelconque admission selon laquelle Time Inc. était en mesure de payer la somme de 833 337 \$US demandée par l'appelant. Bien au contraire, il apparaît clairement du témoignage de M. Miller qu'à aucun moment il n'a voulu quantifier les actifs de l'entreprise ou évaluer sa capacité de payer. Il se disait en fait incapable de le faire puisqu'il n'appartenait pas à l'équipe des finances de l'entreprise (témoignage de William Miller, p. 32, lignes 2-4). Il nous paraît d'ailleurs opportun de reproduire le passage pertinent du témoignage de M. Miller sur ce point :

[TRADUCTION] LA COUR :

[M. William Miller] a admis [que Time Inc.] a [utilisé la méthode publicitaire en cause pendant des années]. Pourquoi ne lui demandez-vous pas si Time est en mesure de payer cette somme si j'accordais le montant réclamé, la partie de la réclamation qui concerne les dommages moraux et les dommages-intérêts punitifs?

[M^e HUBERT SIBRE] :

Q. 338 Est-ce que Time serait en mesure de payer cette somme? Sa solvabilité lui permettrait-elle de payer ce montant si jamais elle y était condamnée?

[R.] Vous savez, je ne fais pas partie du secteur des finances de la compagnie, ce qui fait que je ne peux vraiment pas faire de commentaire à ce sujet. [Nous soulignons; d.a., vol. II, p. 31-32.]

[196] Le passage ci-dessus cité parle de lui-même. La conclusion de la juge de première instance que M. Miller avait fait une admission quelconque concernant la capacité de payer de Time Inc. ne se basait pas sur les faits et elle était manifestement erronée. La juge de première instance ne pouvait donc, comme elle l'a fait, tirer, sur la base de ce témoignage, de conclusions sur la situation patrimoniale des intimées.

[197] Il en est cependant tout autrement de la conclusion de la juge de première instance que la campagne publicitaire des intimées qui a mené au présent litige était profitable. Pour les intimées, la juge de première instance ne pouvait tirer cette conclusion puisque (1) preuve n'avait été faite que d'un abonnement contracté par un seul

(2) because the fact that Time Inc. had paid out more than US\$1 million to winners of its sweepstakes in the year 2000 provided no information on its patrimonial situation in 2007 (the year of the trial judge's decision in this case). In our view, these arguments are unconvincing. In Mr. Miller's own words, the respondents had been organizing promotional sweepstakes in Canada and the United States since the mid-1980s. He added that several hundred people had won amounts ranging from US\$1,000 to \$1,600,000 in these sweepstakes, the admitted purpose of which was to attract consumers' attention to the respondents' subscription promotions (testimony of William Miller, A.R., vol. II, at p. 4). We find it logical and reasonable, in light of the amounts paid out by Time Inc. and the number of years that the promotional sweepstakes have existed, to infer from the evidence, as the trial judge did, that these sweepstakes were lucrative in that they enabled Time Inc. to add significantly to its readership.

[198] When all is said and done, should this Court vary the amount of \$100,000 awarded by the trial judge as punitive damages? In our opinion, it should. Although the trial judge did not err in finding that the respondents had sent many mailings in Quebec to a large number of consumers and that these promotional sweepstakes had enabled them to sell many new subscriptions, we consider that the errors she made had a by no means insignificant impact on her assessment. In light of those errors and the fact that the trial judge's decision seems to have been influenced by the fact that the respondents had promised a \$100,000 bonus in addition to the grand prize, we believe that it will be necessary to re-assess the quantum of the punitive damages she awarded.

(a) *Criteria for Assessing the Quantum*

[199] An assessment of the quantum of punitive damages must start with art. 1621 *C.C.Q.*, which

consommateur et que (2) le fait que Time Inc. avait distribué, en l'an 2000, plus d'un million de dollars américains aux gagnants du concours qu'elle avait organisé ne fournissait aucune information sur sa situation patrimoniale en 2007 (année de la décision de première instance dans cette affaire). Nous trouvons ces arguments peu convaincants. En effet, au dire de M. Miller lui-même, les intimées organisent des concours promotionnels au Canada et aux États-Unis depuis le milieu des années 1980. Il a ajouté que plusieurs centaines de personnes avaient gagné des sommes variant de 1000 \$ à 1 600 000 \$US grâce à ces concours et que le but avoué de ces derniers était d'attirer l'attention des consommateurs sur les promotions d'abonnement des intimées (témoignage de M. William Miller, d.a., vol. II, p. 4). Il nous semble logique et raisonnable, de par les montants distribués par Time Inc. et le nombre d'années d'existence des concours promotionnels, d'inférer de la preuve, comme l'a fait la juge de première instance, que l'organisation de ces concours était lucrative, en ce sens qu'elle permettait à Time Inc. d'augmenter sensiblement son lectorat.

[198] En définitive, est-ce qu'il y a lieu de réviser le montant de 100 000 \$ retenu par la juge de première instance à titre de dommages-intérêts punitifs? Nous croyons que oui. Bien qu'elle ne se soit pas trompée en concluant que les intimées avaient distribué un grand nombre d'envois postaux sur le territoire québécois à de nombreux consommateurs et que l'organisation de ces concours publicitaires leur permettait de vendre un grand nombre de nouveaux abonnements, il n'en demeure pas moins que les erreurs qu'elle a commises ont, à notre avis, joué un rôle non négligeable dans son évaluation. À la lumière de ces erreurs et du fait que la décision de la juge de première instance semble avoir été influencée par l'existence du prix additionnel de 100 000 \$ promis par les intimées en sus du gros lot, nous croyons qu'une réévaluation du montant des dommages-intérêts punitifs qu'elle a accordés s'impose.

a) *Critères d'évaluation du quantum*

[199] Dans l'évaluation du montant des dommages-intérêts punitifs, il faut se tourner

sets out some guiding principles that are intended to bring greater consistency and objectivity to the assessment of such damages (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), by P.-G. Jobin with the collaboration of N. Vézina, at para. 912). Article 1621 *C.C.Q.* begins by stating that the amount awarded as punitive damages must never exceed what is necessary to fulfil their preventive purpose. The second paragraph of art. 1621 adds that the amount must be determined in light of all the appropriate circumstances, in particular (1) the gravity of the debtor's fault, (2) the debtor's patrimonial situation, (3) the extent of the reparation for which the debtor is already liable to the creditor and (4), where such is the case, the fact that the payment of the damages is wholly or partly assumed by a third person.

[200] The gravity of the fault is undoubtedly the most important factor (*Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Fondation québécoise du cancer v. Patenaude*, 2006 QCCA 1554, [2007] R.R.A. 5; *Voltec ltée v. CJMF FM ltée*, [2002] R.R.A. 1078 (C.A.); Baudouin, Jobin and Vézina, at para. 912). It is assessed from two perspectives: the wrongful conduct of the wrongdoer and the seriousness of the infringement of the victim's rights. According to Claude Dallaire, the courts consider the gravity of the conduct and its impact on the victim (pp. 127 *et seq.*). The analysis of the evidence will therefore be focused sometimes on the offender's conduct and sometimes on the effect of that conduct on the victim (*Procureur général du Québec v. Boisclair*, [2001] R.J.Q. 2449 (C.A.), at paras. 9-10). In either case, it must be borne in mind that a myriad of contextual factors can be taken into account in the analysis. If, for example, the evidence shows that the contract was abusive, that the merchant committed a fault and gained an undue competitive advantage by doing so, or that the consumers who were victims of the practice were particularly vulnerable, these facts will obviously

d'abord vers l'art. 1621 *C.c.Q.* En effet, ce dernier énumère quelques principes directeurs destinés à apporter plus de constance et d'objectivité dans l'évaluation des dommages-intérêts punitifs (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6^e éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, par. 912). L'article 1621 *C.c.Q.* dispose d'abord que le montant octroyé à titre de dommages-intérêts punitifs ne doit jamais dépasser la somme nécessaire pour remplir leur fonction préventive. Il ajoute à son deuxième alinéa que la détermination du montant doit se faire en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment (1) de la gravité de la faute du débiteur, (2) de sa situation patrimoniale ou (3) de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que (4) le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

[200] La gravité de la faute constitue sans aucun doute le facteur le plus important (*Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Fondation québécoise du cancer c. Patenaude*, 2006 QCCA 1554, [2007] R.R.A. 5; *Voltec ltée c. CJMF FM ltée*, [2002] R.R.A. 1078 (C.A.); Baudouin, Jobin et Vézina, par. 912). Le niveau de gravité s'apprécie sous deux angles : la conduite fautive de l'auteur et l'importance de l'atteinte aux droits de la victime. L'auteur Claude Dallaire a souligné que les tribunaux examinent le degré de gravité de la conduite et l'ampleur des répercussions de cette conduite sur la victime (p. 127 *et suiv.*). Ainsi, l'analyse de la preuve se concentrera tantôt sur la conduite du contrevenant, tantôt sur les effets de son comportement sur la victime (*Procureur général du Québec c. Boisclair*, [2001] R.J.Q. 2449 (C.A.), par. 9-10). Dans un cas comme dans l'autre, il est important de garder à l'esprit qu'une myriade d'éléments contextuels peuvent être pris en compte dans l'analyse. Si, par exemple, la preuve démontrait que le contrat était de nature abusive, que le commerçant fautif s'est attiré un avantage concurrentiel indu en se livrant à cette pratique, ou encore que les consommateurs

be relevant to the assessment of the gravity of the fault.

[201] The second factor mentioned in art. 1621, para. 2 *C.C.Q.* is the debtor's patrimonial situation, and its purpose is to ensure that the amount of the award is tailored to the offender's situation in order to achieve the intended effect of the statute in question. Thus, the larger the debtor's patrimony, the higher the award of punitive damages must be to ensure that the general objectives of such damages are achieved and to discourage any repetition. The reverse is also true where a debtor is of modest means. Obviously, even where an offender is extremely wealthy, the amount of the award must still be rationally connected with the purposes for which punitive damages are awarded in a particular case.

[202] The third factor mentioned in art. 1621, para. 2 *C.C.Q.*, the extent of the reparation already awarded under other heads, is an analytical criterion that has been used frequently (*St-Ferdinand; Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Lambert v. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637 (C.A.)). According to it, the court must not award punitive damages unless compensatory damages are not enough to discourage repetition either because their amount is too small or because they will have no impact on the debtor's financial situation. However, this principle does not change the independent nature of punitive damages. Even if an award of compensatory damages is generous, it will not necessarily preclude an award of punitive damages.

[203] Finally, the purpose of the fourth factor mentioned in art. 1621, para. 2 *C.C.Q.* is to adjust the quantum of punitive damages on the basis of the total amount the debtor will have to pay personally. This assessment ensures that the amount of the award will actually have the intended effect on the offender. The amount may sometimes have to be varied where a third person is paying,

visés par la pratique étaient particulièrement vulnérables, il ne fait aucun doute que ces éléments seraient pertinents pour l'évaluation de la gravité de la faute.

[201] Le deuxième facteur énoncé dans l'art. 1621, al. 2 *C.c.Q.*, en l'occurrence la situation patrimoniale du débiteur, vise à faire en sorte que le montant octroyé soit adapté à la situation du contrevenant, afin de produire l'effet recherché par la loi en cause. Ainsi, plus le patrimoine du débiteur est considérable, plus la condamnation à des dommages-intérêts punitifs doit être élevée pour que les objectifs généraux qu'ils poursuivent soient atteints et pour décourager la récidive. L'inverse est aussi vrai dans le cas d'un débiteur peu fortuné. Bien évidemment, même devant un contrevenant à la fortune colossale, il faudra que la somme octroyée conserve un lien rationnel avec les buts recherchés par l'imposition de dommages-intérêts punitifs dans une affaire donnée.

[202] Le troisième facteur de l'art. 1621, al. 2 *C.c.Q.*, soit l'étendue de la réparation déjà accordée sous d'autres chefs, constitue un critère d'analyse fréquemment utilisé (*St-Ferdinand; Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Lambert c. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637 (C.A.)). Selon ce critère, le tribunal ne doit accorder des dommages-intérêts punitifs que si les dommages-intérêts compensatoires ne suffisent pas pour décourager la récidive, soit parce qu'ils sont trop minimes, soit parce qu'ils n'ont aucun effet sur la situation financière du débiteur. Ce principe ne modifie pas cependant le caractère autonome des dommages-intérêts punitifs. Une indemnisation, même généreuse, par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires n'exclut pas nécessairement une condamnation à des dommages-intérêts punitifs.

[203] Finalement, le quatrième facteur énuméré à l'art. 1621, al. 2 *C.c.Q.* vise à ajuster les dommages-intérêts punitifs en fonction du montant total que le débiteur sera appelé à déboursier personnellement. Cette évaluation permet de s'assurer que le montant accordé aura réellement l'effet escompté sur le contrevenant. Le montant peut parfois devoir être modulé dans le cas où il existe un tiers payeur,

since the objective of preventing repetition is then achieved through an intermediary. The person actually paying must thus be punished to motivate that person to encourage the wrongdoer to change his or her ways. Closely related to this consideration, another purpose of this factor is to evaluate the real utility of the second of the factors mentioned in art. 1621, para. 2 *C.C.Q.*, namely the debtor's patrimonial situation. Thus, where the debtor of the obligation will not personally be paying the amount of the award of punitive damages, there is no need to assess his or her patrimony to determine that amount.

(b) *Other Criteria to be Considered*

[204] Although art. 1621, para. 2 *C.C.Q.* lists various factors that are relevant in determining the appropriate quantum of punitive damages, the fact that this list is preceded by the words "all the appropriate circumstances" and "in particular" clearly indicates that the legislature intended that it be possible to consider other, unnamed factors as well. In our view, it will be helpful to mention a few of the factors we believe can be of assistance to trial courts in this regard. Some of them have already been referred to by the Quebec courts, while others, although taken from the common law, can also be applied within the framework of Quebec law in this area.

[205] First, where rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter* have been interfered with, the courts have held that the identity and characteristics of a legal person established for a private interest can also be considered. The courts' approach to the quantification of damages may therefore vary depending on whether the wrongdoer is a natural person, a legal person or a legal person established in the public interest. [TRANSLATION] "It is easy to understand why the courts react unfavourably to antisocial conduct on the part of a legal person established for a private interest or a legal person established in the public interest that is greedy to make profits or to gain political or strategic advantages" (Dallaire, at pp. 131-33).

puisque l'objectif de prévention de la récidive se réalise alors par personne interposée. Il faut alors punir l'auteur effectif du paiement de façon à l'inciter à encourager le fautif à se réformer. Intimement relié à cette considération, ce facteur vise également à évaluer l'utilité réelle du deuxième facteur de l'art. 1621, al. 2 *C.c.Q.*, soit la situation patrimoniale du débiteur. Ainsi, dans le cas où le débiteur de l'obligation ne versera pas lui-même le montant auquel il est condamné à titre de dommages-intérêts punitifs, l'évaluation de son patrimoine devient non pertinente pour la détermination de la somme en question.

b) *Autres critères à prendre en considération*

[204] Bien que l'art. 1621, al. 2 *C.c.Q.* énumère des facteurs variés comme pertinents dans la détermination du quantum approprié des dommages-intérêts punitifs, il est clair que le législateur a voulu, en faisant précéder cette énumération par l'expression « toutes les circonstances appropriées » et par l'adverbe « notamment », que d'autres facteurs innommés puissent également être considérés. Nous croyons utile d'en mentionner quelques-uns qui, à notre avis, peuvent aider le tribunal de première instance dans sa tâche. Certains ont déjà été mentionnés dans la jurisprudence québécoise, alors que d'autres, bien qu'ils aient été tirés de la common law, s'appliquent aussi bien dans le cadre du droit québécois en la matière.

[205] Premièrement, dans les cas d'atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte québécoise*, les tribunaux ont retenu l'identité et le profil d'une personne morale de droit privé comme critère supplémentaire. L'attitude des tribunaux dans la quantification des dommages-intérêts peut ainsi changer selon que l'auteur de l'atteinte est une personne physique, une personne morale ou une personne morale de droit public. « On comprend aisément que les tribunaux s'offusquent de la conduite antisociale d'une personne morale de droit privé ou de droit public avide de profits ou d'avantages politiques ou stratégiques » (Dallaire, p. 131-133).

[206] Also, in our opinion, it is perfectly acceptable to use punitive damages, as is done at common law, to relieve a wrongdoer of its profit where compensatory damages would amount to nothing more than an expense paid to earn greater profits while flouting the law (*Whiten*, at para. 72).

[207] Third, the civil, disciplinary or criminal history of the person guilty of a violation may be a relevant factor. The amount awarded against a wrongdoer who has committed a first offence and whose previous conduct has been exemplary may therefore differ from the amount awarded against one who has been involved in many serious prior offences (*Whiten*, at para. 69; *Dallaire*, at pp. 136-42 and 164-65).

[208] Finally, in addition to the fact that compensatory damages have been awarded, the trial court can, in determining the appropriate quantum of punitive damages in the civil proceedings before it, take account of any disciplinary, criminal or administrative penalties that have already been imposed as punishment for the offender's conduct (*Whiten*, at para. 123). In appropriate circumstances, therefore, the quantum of punitive damages may be limited because such other penalties have already contributed to achieving the legislature's objective of prevention.

[209] We note that the above factors must not be considered automatically by the trial court in every case. Their relevance will depend on the circumstances of the specific case. As well, these factors do not represent an exhaustive list of the considerations that are relevant to determining the quantum of punitive damages. Every relevant factor can be considered, provided that the purpose of the analysis remains the same: to ensure that the amount awarded as punitive damages is rationally proportionate to the objectives for which those damages are awarded in the case in question, having due regard to the specific

[206] Il est également tout à fait acceptable, à notre avis, d'utiliser les dommages-intérêts punitifs, comme en common law, pour dépouiller l'auteur de la faute des profits qu'elle lui a rapportés lorsque le montant des dommages-intérêts compensatoires ne représenterait rien d'autre pour lui qu'une dépense lui ayant permis d'augmenter ses bénéfices tout en se moquant de la loi (*Whiten*, par. 72).

[207] En troisième lieu, les antécédents civils, disciplinaires ou criminels de l'auteur de l'atteinte peuvent constituer des facteurs pertinents. Le montant accordé peut ainsi varier dans le cas d'un fautif qui en est à sa première infraction et qui a eu auparavant une conduite exemplaire, par rapport à celui qui a des antécédents nombreux et importants (*Whiten*, par. 69; *Dallaire*, p. 136-142 et 164-165).

[208] Finalement, au-delà de l'attribution des dommages-intérêts compensatoires, le tribunal de première instance peut également, dans le cadre de la poursuite civile dont il est saisi, prendre en compte, dans sa détermination du quantum approprié des dommages-intérêts punitifs, les sanctions disciplinaires, criminelles ou administratives déjà infligées au contrevenant pour sanctionner le comportement qui lui est reproché (*Whiten*, par. 123). Le quantum de dommages-intérêts punitifs octroyés peut donc, dans des circonstances appropriées, être limité parce que ces autres sanctions auraient déjà contribué à l'atteinte de l'objectif de prévention visé par le législateur.

[209] Soulignons que les facteurs mentionnés plus haut ne doivent pas être considérés automatiquement par le tribunal de première instance dans tous les cas. Leur pertinence dépendra des circonstances de chaque affaire. De même, les facteurs mentionnés ne forment pas une liste exhaustive des considérations pertinentes pour la détermination du quantum des dommages-intérêts punitifs. Tout élément pertinent pour l'analyse peut être pris en considération, pourvu que la finalité de l'analyse demeure la même : s'assurer que la somme octroyée à titre de dommages-intérêts punitifs est rationnellement proportionnée aux objectifs poursuivis par

circumstances of the case (*Whiten*, at paras. 74 and 111).

(3) Application to the Facts

[210] Where a court decides to award punitive damages, it must relate the facts of the case before it to the objectives that underlie such damages and ask itself how, in that particular case, awarding them would further those objectives. It must try to fix the most appropriate amount, that is, the lowest amount that would serve the purpose (*Whiten*, at para. 71). Even if we disregard the alleged violation of the *Charter of the French language* as an aggravating factor, the fact remains that the respondents' conduct was serious and deliberate and that it was capable of affecting a large number of consumers. Moreover, even after the consumer complained about their misleading practices, there is no evidence that the respondents did anything to correct them. This must also be considered an aggravating factor.

[211] On the other hand, the impact of the respondents' fault on the appellant remains quite limited, though, granted, not negligible. The appellant subscribed to *Time* magazine, began receiving it the following month and also received, as promised, a camera and photo album as a bonus. Moreover, he never asked to be reimbursed for the cost of the subscription to *Time* magazine on the basis of the misleading advertising material. As we have seen, he instituted a proceeding in which he alleged that the respondents were contractually bound to pay him \$1,250,887.10, a claim which proved to be unfounded. Thus, the appellant's attitude has contributed to the proportions this case has ultimately assumed.

[212] In a context in which a large number of consumers may have been victims of the prohibited practices engaged in by the respondents, we believe that the limited impact of the respondents' fault on the appellant and the appellant's attitude

son attribution dans une affaire donnée, compte dûment tenu des circonstances précises de cette dernière (*Whiten*, par. 74 et 111).

(3) Application aux faits

[210] Lorsqu'un tribunal décide s'il accordera des dommages-intérêts punitifs, il doit mettre en corrélation les faits de l'affaire et les buts visés par ces dommages-intérêts et se demander en quoi, dans ce cas précis, leur attribution favoriserait la réalisation de ces objectifs. Il doit tenter de déterminer la somme la plus appropriée, c'est-à-dire la somme la moins élevée, mais qui permettrait d'atteindre ce but (*Whiten*, par. 71). Même sans retenir l'allégation d'une violation de la *Charte de la langue française* comme facteur aggravant, il n'en demeure pas moins que la conduite des intimées était grave et délibérée et pouvait affecter un grand nombre de consommateurs. De plus, même après que le consommateur leur a reproché leurs pratiques trompeuses, selon la preuve, elles n'ont rien corrigé. Ce fait doit également être considéré comme un facteur aggravant.

[211] Par contre, l'impact de la faute commise par les intimées sur l'appellant demeure assez limité, même s'il n'est pas négligeable. L'appellant s'est abonné au magazine *Time*, a commencé à recevoir la revue le mois suivant, et on lui a aussi livré, comme promis, un appareil photographique et un album photos en prime. De plus, il n'a jamais demandé le remboursement de ses frais d'abonnement au magazine *Time* sur la base de la publicité trompeuse. Comme nous l'avons vu, il a institué une poursuite, alléguant que les intimées étaient tenues par contrat de lui payer la somme de 1 250 887,10 \$, réclamation qui s'est avérée sans fondement. L'attitude de l'appellant n'est donc pas étrangère aux dimensions que ce litige a fini par prendre.

[212] Devant une situation où un grand nombre de consommateurs ont potentiellement été victimes des pratiques interdites commises par les intimées, nous croyons que l'impact réduit de la faute des intimées sur l'appellant ainsi que l'attitude de

in this case are relevant factors in determining the amount that should be awarded as punitive damages.

[213] Where the respondents' patrimonial situation is concerned, the information obtained at trial was insufficient to make any useful findings. The appellant tries to get around this lack of evidence by arguing that it was open to the trial judge to take judicial notice of the fact that the respondents were wealthy. His position is based on the facts that they belong to the TimeWarner conglomerate and that the wealth of that conglomerate is common knowledge. In our view, the appellant's position is incorrect. The respondents and TimeWarner are distinct entities, and TimeWarner is not a defendant in this case. The criterion of the patrimonial situation set out in the second paragraph of art. 1621 *C.C.Q.* concerns the patrimony of one or more *debtors*, not of third persons. The patrimony of a third person can in principle be taken into account only if it is shown that this person will be wholly or partly assuming the payment of the damages (art. 1621, para. 2 *C.C.Q.*). The appellant has not proven this to be the case. It follows that the fact that the respondents belong to the TimeWarner conglomerate is of no assistance to the appellant in this case. Nevertheless, we would like to make it clear that the lack of evidence regarding the respondents' patrimonial situation in no way means that they are immune from a possible award of damages. On the contrary, it means that this Court may properly render its decision without having to assess their actual financial capacity. The Court cannot assume that the respondents' financial capacity would not permit them to pay an award set at an otherwise reasonable amount. Moreover, it must not be forgotten that the evidence showed that the prohibited practices engaged in by the respondents had been very profitable for them from a financial standpoint. In the circumstances of this case, this is a relevant factor to be considered in determining the quantum of punitive damages.

l'appelant dans le cadre de ce litige constituent des facteurs pertinents dans la détermination de la somme qui devrait lui être octroyée à titre de dommages-intérêts punitifs.

[213] Par ailleurs, l'information obtenue au procès sur la situation patrimoniale des intimées était insuffisante pour en tirer des conclusions utiles à cet égard. L'appelant tente de contourner ce déficit de preuve en plaçant qu'il était loisible à la juge de première instance de prendre connaissance d'office du fait que les intimées avaient un patrimoine nanti. Sa position s'appuie sur le fait qu'elles appartiennent au conglomerat TimeWarner, dont le patrimoine est bien connu. Nous croyons sa position mal fondée. Les intimées et TimeWarner sont des entités distinctes et TimeWarner n'est pas une défenderesse dans la présente affaire. Or, le critère de la situation patrimoniale édicté au deuxième alinéa de l'art. 1621 *C.c.Q.* demande que l'on regarde le patrimoine du ou des *débiteurs* et non de tiers. Le patrimoine d'une partie tierce ne peut en principe être pris en compte que lorsqu'il est démontré que cette partie prendra en charge, en tout ou en partie, le paiement réparateur (art. 1621, al. 2 *C.c.Q.*). Cette preuve n'a nullement été faite par l'appelant. Il s'ensuit donc que l'appartenance des intimées au conglomerat TimeWarner n'était d'aucune assistance à l'appelant en l'instance. Tout cela étant dit, nous tenons à souligner que l'absence de preuve sur la situation patrimoniale des intimées n'a pas du tout pour effet de les immuniser contre la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts. Au contraire, cela signifie que notre Cour peut à bon droit rendre sa décision sans devoir mesurer leur capacité financière réelle. La Cour ne peut présumer que la capacité financière des intimées ne leur permettrait pas d'acquiescer une condamnation établie à un niveau par ailleurs raisonnable. De plus, il ne faut pas perdre de vue que la preuve a démontré que les pratiques interdites commises par les intimées leur avaient été financièrement très profitables. Dans le contexte de cette affaire, ce fait est un élément pertinent à prendre en considération dans la détermination du montant de dommages-intérêts punitifs à octroyer.

[214] Finally, the fact that the amount of the award of compensatory damages is small favours awarding a significant amount of punitive damages. At trial, the respondents were ordered to pay \$1,000 in compensatory damages, and we propose to uphold that award. However, that amount is clearly inadequate to meet the preventive purpose of art. 1621 C.C.Q.

[215] Having regard to all the factors discussed above, we would reduce the punitive damages awarded to the appellant to \$15,000. This amount suffices in the circumstances to fulfil the preventive purpose of punitive damages, underlines the gravity of the violations of the Act and sanctions the respondents' conduct in a manner that is serious enough to induce them to cease the prohibited practices in which they have been engaging, if they have not already done so.

[216] The appellant has requested costs on the amount of his original action. In our view, this request is not justified. Costs in the Superior Court and the Court of Appeal will be taxed in accordance with the tariffs applicable in those courts. However, the appellant will have his costs in this Court on a solicitor and client basis because of the importance of the issues of law he raised before us (*Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17).

V. Conclusion

[217] For the reasons set out above, the appellant's appeal is allowed in part. The judgment of the Court of Appeal, in which it set aside the judgment of the Superior Court and dismissed the appellant's action in damages against the respondents, is set aside. The Superior Court's judgment is restored in part, as the respondents are ordered to pay the appellant \$1,000 in compensatory damages and \$15,000 in punitive damages, with interest from the date of service. The appellant is entitled to

[214] Finalement, le caractère minime de la condamnation à des dommages-intérêts compensatoires milite en faveur de l'octroi d'un montant non négligeable de dommages-intérêts punitifs. En effet, en première instance, les intimées ont été condamnées à payer 1 000 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires et nous proposons de confirmer cette condamnation. Cependant, un tel montant resterait nettement inadéquat pour atteindre l'objectif de prévention prévu à l'art. 1621 C.c.Q.

[215] En considérant l'ensemble des facteurs analysés précédemment, nous sommes d'avis de réduire le montant octroyé à l'appellant à titre de dommages-intérêts punitifs à 15 000 \$. Ce montant suffit dans les circonstances pour assurer la fonction préventive des dommages-intérêts punitifs, souligne la gravité des violations de la loi et sanctionne la conduite des intimées de manière assez sérieuse pour les inviter à abandonner les pratiques interdites qu'elles ont utilisées, si ce n'est pas déjà fait.

[216] L'appellant a demandé des dépens établis en fonction du montant de son action originale. Cette demande nous paraît injustifiée. Les dépens seront taxés devant la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec conformément aux tarifs applicables devant ces tribunaux. Toutefois, nous accordons à l'appellant des dépens sur la base avocat-client, dans notre Cour, en raison de l'importance des questions de droit qu'il a soulevées devant elle (*Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17).

V. Conclusion

[217] Pour les motifs exposés plus haut, nous accueillons, en partie, le pourvoi de l'appellant. Nous cassons l'arrêt de la Cour d'appel du Québec infirmant le jugement de la Cour supérieure du Québec et rejetant l'action en dommages-intérêts de l'appellant contre les intimées. Nous rétablissons en partie le jugement de la Cour supérieure en condamnant les intimées à verser à l'appellant 1 000 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires et 15 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs, avec intérêts

costs in the Superior Court and the Court of Appeal in accordance with the tariffs applicable in those courts, and on a solicitor and client basis in this Court.

depuis l'assignation. L'appelant aura droit aux dépens selon les tarifs applicables devant la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec et sur la base avocat-client devant notre Cour.

APPENDIX

<small>PLEASE BE ADVISED: If you have and return the Grand Prize winning entry in time, our new list of major cash prize winners will read as follows:</small> LATEST CASH PRIZE WINNERS:	
WINNER: J. FULLER RESIDING IN: BOISE, ID PRIZE AMOUNT: \$100,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: MR JEAN MARC RICHARD LAVAL, QC RESIDING IN: LAVAL, QC PRIZE AMOUNT: \$833,337.00 IN CASH PRIZE STATUS: AUTHORIZED FOR PAYMENT	
WINNER: EDNA WILLIAMSON RESIDING IN: ST. CATHARINES, ON PRIZE AMOUNT: \$100,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: ARTHUR DAMMARELL KENDRICK, ID RESIDING IN: KENDRICK, ID PRIZE AMOUNT: \$50,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: WANDA FROST RESIDING IN: RICHFIELD, MN PRIZE AMOUNT: \$50,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: LEON ROSZYK RESIDING IN: SPRING HILL, FL PRIZE AMOUNT: \$25,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: D. SACHARCO RESIDING IN: NEW BRITAIN, CT PRIZE AMOUNT: \$25,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: ORRY J. GREEN RESIDING IN: MIDLAND, GA PRIZE AMOUNT: \$25,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: JACK DEFALCO RESIDING IN: LAS VEGAS, NV PRIZE AMOUNT: \$15,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: T. VANOVER RESIDING IN: FORKED RIVER, NJ PRIZE AMOUNT: \$10,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: M. SMITH RESIDING IN: OREM, UT PRIZE AMOUNT: \$10,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: CHRISTOPHER WAGLEY RESIDING IN: TERRE HAUTE, IN PRIZE AMOUNT: \$1,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: LEWIS HOFFMAN RESIDING IN: WEBSTER GROVES, MO PRIZE AMOUNT: \$1,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
WINNER: ROSARIA SIMAS RESIDING IN: BURLINGTON, MA PRIZE AMOUNT: \$1,000.00 IN CASH PRIZE STATUS: PRIZE PAID IN FULL	
<small>Contents certified by Official title By order of</small>	

ANNEXE

CLAIM#GV1711063	DATE 08/23/98
-----------------	---------------

If you have and return the Grand Prize winning entry in time and correctly answer a 4800-pointing question, we will officially announce that:

**OUR SWEEPSTAKES RESULTS ARE NOW FINAL:
 MR JEAN MARC RICHARD HAS WON
 A CASH PRIZE OF \$833,337.00!**

ATTENTION MR JEAN MARC RICHARD: WE NOW HAVE APPROVAL TO PAY THE ENTIRE \$833,337.00 PRIZE IN A SINGLE CASH PAYMENT!
 You are hereby duly notified that funds are now on reserve to issue a bank cheque in the amount of \$833,337.00 as payment for our latest Grand Prize, and that we are prepared to deliver said cheque via certified mail. Therefore it is urgent that you validate and return the entry enclosed within 10 days upon receipt.

Approval for delivery to:

NAME/RTF: **MR JEAN MARC RICHARD**
 ADDRESS: **LAVAL, QC**

If you have and return the Grand Prize winning entry in time and correctly answer a 4800-pointing question, we'll confirm that:

**WE ARE NOW AUTHORIZED TO PAY
 \$833,337.00 IN CASH TO
 MR JEAN MARC RICHARD!**

Dear Mr Jean Marc Richard:

You probably thought it could never happen to you! And even now, you probably STILL find it hard to believe that Mr Jean Marc Richard of Laval Quebec could actually be our \$833,337.00 cash prize winner. But it's absolutely true: Mr Jean Marc Richard is now positively guaranteed to be awarded \$833,337.00 — one of the biggest single cash payments ever made to ANYONE in a sweepstakes presented by TIME — if you have and return the Grand Prize winning entry within 10 days of receipt! In fact, the funds have been put on reserve for the express purpose of paying the entire \$833,337.00 amount in full. And now that we've been authorized to pay the prize money, the very next time you hear from us if you win, it will be to inform you that:

A BANK CHEQUE FOR \$833,337.00 IS ON ITS WAY TO [REDACTED] ST!

So you'd be wise to put any doubts you may have aside, and follow these simple instructions: Affix the Grand Prize Validation Seal to the official entry form below now. Then, be sure to mail it in one of the official sweepstakes envelopes enclosed within 10 days of receipt. That's all we ask of you. In fact, we made similar requests to each and every one of the previous cash prize winners listed at left. Each one responded as instructed, and each in turn was rewarded very handsomely for it. But not nearly as handsomely as Mr Jean Marc Richard is going to be rewarded if you return the Grand Prize winning entry. Because the cash payment you're eligible to receive is one of the largest lump-sum cash payments we've ever made! Just how much money is it?

Let's say you simply put the entire \$833,337.00 cheque in a bank certificate of deposit. If you received only 5% annual interest on the money, you'd enjoy a guaranteed income of \$41,666.85 a year — without even touching your original deposit! You could start thinking about the things you WANT to do, and stop worrying about what you HAVE to do. There's no denying a \$833,337.00 is enough money to put Mr Jean Marc Richard ON EASY STREET for the rest of your life! That's why it's so important for you to validate the official entry form below and return it to us as soon as you possibly can! Because there's no way you can be paid the \$833,337.00 cash prize if you fail to return an entry within 10 days upon receipt. The truth is, if you hold the Grand Prize winning number,

YOU WILL FORFEIT THE ENTIRE \$833,337.00 IF YOU FAIL TO RESPOND TO THIS NOTICE!

And then, the Grand Prize that should have gone to Mr Jean Marc Richard will have to go to an ALTERNATE winner! Because the money is unconditionally guaranteed to be awarded whether we hear from you or not! So be absolutely certain to validate and return your entry as instructed. And I'd advise you to do so immediately for a very important reason:

(Over, please)

Elizabeth Matthews
 Director of Sweepstakes
 TIME Magazine

**YOU'LL QUALIFY FOR A \$100,000.00 BONUS
IF YOU RESPOND WITHIN 5 DAYS!**

Take special note of the Bonus Award Validation Seal affixed to the front of this notice. Because if you act quickly and return your entry with the Bonus Award Validation Seal within 5 days of receipt, you'll be eligible to win a cash prize of \$100,000.00 -- in addition to the \$833,337.00. So respond at once. But first, take a moment to consider a sensational offer from TIME! Of course, there's no obligation to purchase anything to be eligible for a prize. But if you've ever thought about trying TIME, NOW is the time! Because THIS offer may be the most exciting offer we've ever made to anyone! To begin with,

**YOU'LL RECEIVE A FREE GIFT: THE ULTRONIC™
PANORAMIC CAMERA & PHOTO ALBUM SET!**

When the view is so vast, so breathtaking, that no ordinary camera could possibly do it justice, just pull out your ULTRONIC™ PANORAMIC CAMERA! Take it along wherever and whenever you want to go: a big, sweeping picture; when you're camping, or sight-seeing, or for family get-togethers (it's great for group portraits). And the rich matte-finish PHOTO ALBUM will keep all your special pictures safe! Your ULTRONIC™ PANORAMIC CAMERA & PHOTO ALBUM SET is yours FREE, with your paid subscription, if you say YES to TIME! And there's another reason why right now may be the best time to try TIME ever:

**YOU'LL ALSO RECEIVE TIME
AT UP TO 74% SAVINGS!**

That's right! Save up to 74% off the cover price! And you'll get FREE HOME DELIVERY in the bargain. Plus all the news, all the information, all the in-depth analysis you need to keep pace with today's rapidly changing world -- from global events to international politics, from economics to education, from science and technology to entertainment. In short, if it's important to you, it's in TIME. And you'll understand it better than ever through TIME's comprehensive reports and unforgettable photographs. That's why TIME has won more awards than any other newsmagazine. And that's why 30 million people turn to TIME every week. If you'd like to receive TIME at up to 74% SAVINGS and the ULTRONIC™ PANORAMIC CAMERA & PHOTO ALBUM SET FREE with your paid subscription, be sure to attach the FREE GIFT Seal to your entry and mail it in the YES envelope! And if you hold the Grand Prize winning entry,

**A BANK CHEQUE FOR \$833,337.00 IN CASH
WILL BE SENT TO YOU VIA CERTIFIED MAIL --
IF YOU RESPOND NOW!**

Remember, we have already received authorization to pay the entire \$833,337.00 cash amount in full. And we're waiting to receive your entry. But if you fail to respond, one thing is certain -- someone ELSE will be awarded the Grand Prize. Because the Grand Prize is unconditionally guaranteed to be awarded whether we hear from you or not! So be absolutely certain to validate and return your entry now. And don't miss this opportunity to receive TIME at BIG SAVINGS along with AN EXCITING FREE GIFT!

Sincerely,

Elizabeth Matthews

Elizabeth Matthews
Director of Sweepstakes

**YOURS
FREE**

with your paid subscription to TIME!

**The ULTRONIC™
PANORAMIC CAMERA
& PHOTO ALBUM SET!**



This remarkable panoramic camera is also included with your YES! response! It is so easy to use, you can take pictures in any angle you want. And the accompanying photo album will protect your cherished memories for all the years to come.

So be sure to return the entry below in the YES envelope immediately!

Also included:

TIME's famous Mad of the Year issue



IMPORTANT!

To receive a FREE ULTRONIC™ PANORAMIC CAMERA & PHOTO ALBUM SET with your paid subscription to TIME, attach this seal to the front of your YES! envelope and mail it in the YES envelope.

OFFICIAL COMMUNICATION -- OPEN AND RESPOND IMMEDIATELY!

OFFICIAL RULES • NO PURCHASE NECESSARY TO ENTER

To enter the Sweepstakes & Grand Prize Draw (collectively, "Promotion"), outlined below, follow all directions published in this offer. This must reply by the date(s) specified elsewhere in this offer as your entry must arrive by March 31, 2008, whichever is earlier.

The Grand Prize will be awarded to an amount up to \$1,666,673 according to the terms set forth in this promotion. It will be awarded to the winner of the Grand Prize Draw. The Grand Prize consists of two components: (1) \$1,000,000 payable in annual installments of \$200,000 for 5 years and (2) a lump sum payment of \$666,673 payable in cash. The Grand Prize will be awarded to the winner of the Grand Prize Draw. The Grand Prize will be awarded to the winner of the Grand Prize Draw. The Grand Prize will be awarded to the winner of the Grand Prize Draw.

Two of 20th of the two components may also be different creative presentations of the Sweepstakes. However, the Grand Prize will be awarded to the winner of the Grand Prize Draw. The Grand Prize will be awarded to the winner of the Grand Prize Draw. The Grand Prize will be awarded to the winner of the Grand Prize Draw.

Each Sweepstakes creative presentation to which the response to this offer will be accepted by the sponsor. The sponsor will be responsible for the accuracy of the information contained in this offer. The sponsor will be responsible for the accuracy of the information contained in this offer. The sponsor will be responsible for the accuracy of the information contained in this offer.

THE FOLLOWING APPLIES TO ALL OF THE SWEEPSTAKES PRIZES NAMED ABOVE:

No purchase necessary to enter. Except as otherwise indicated above, Sweepstakes begins 11:59:59 and ends 23:59:59. Sponsor's liability for prizes is limited to the amount of the prize. Sponsor's liability for prizes is limited to the amount of the prize. Sponsor's liability for prizes is limited to the amount of the prize.

Prize money is issued for a given prize and prize will be awarded in a random drawing among all such prizes issued and received. Sweepstakes is offered by Time Computer Marketing Inc. All sweepstakes prizes and components are offered and when prizes are awarded by Time Computer Marketing Inc. All sweepstakes prizes and components are offered and when prizes are awarded by Time Computer Marketing Inc. All sweepstakes prizes and components are offered and when prizes are awarded by Time Computer Marketing Inc.

Void where prohibited or restricted by law. Void where prohibited or restricted by law. Void where prohibited or restricted by law. Void where prohibited or restricted by law. Void where prohibited or restricted by law.

Winner selection and random drawings are under the supervision of Verano Associates, Inc. An independent judging organization. Winner selection and random drawings are under the supervision of Verano Associates, Inc. An independent judging organization. Winner selection and random drawings are under the supervision of Verano Associates, Inc. An independent judging organization.

Prize money is issued for a given prize and prize will be awarded in a random drawing among all such prizes issued and received. Sweepstakes is offered by Time Computer Marketing Inc. All sweepstakes prizes and components are offered and when prizes are awarded by Time Computer Marketing Inc. All sweepstakes prizes and components are offered and when prizes are awarded by Time Computer Marketing Inc.

Prize money is issued for a given prize and prize will be awarded in a random drawing among all such prizes issued and received. Sweepstakes is offered by Time Computer Marketing Inc. All sweepstakes prizes and components are offered and when prizes are awarded by Time Computer Marketing Inc. All sweepstakes prizes and components are offered and when prizes are awarded by Time Computer Marketing Inc.

TDCS09908A

Printed in U.S.A.

BOTCAO

OFFICIAL ENTRY CERTIFICATE

To receive your **FREE** ULTRONIC PANORAMIC CAMERA & PHOTO ALBUM SET with your paid subscription to **TIME**, attach the **FREE** GIFT seal at left, and mail this entry in the **YES** envelope. Be sure to affix your Grand Prize and Bonus Award validation seals at left.

2 years (108 issues) at \$84 each

1 year (54 issues) at \$1.39 each

7 months (30 issues) at \$1.49 each

TIME FREE GIFT MAGAZINE

GUARANTEED & BANNED

Check here if you do NOT wish to subscribe but still want to enter the sweepstakes, and mail this document in the NO envelope. (Do NOT affix FREE GIFT Seal.)

20900

186 162 5653 TCAD356 GV1T7IU62

MR JEAN MARC RICHARD

LAVAL ST QC

PRIZE CLAIM NUMBER

GV1T7IU62

Official BONUS AWARD Validation Seal

Best Deal!

I, Mr Jean Richard,
do hereby validate this document with the seals above. Notify me at once if I am awarded either prize.

PRINTED IN U.S.A.

OFFICIAL ENTRY CERTIFICATE & FREE GIFT/TIME ORDER FORM




Now's the time to try TIME...

There's never been a better time to discover what all the excitement is about, because you'll receive a **GREAT FREE GIFT. BIG SAVINGS**, and the following rock-solid, money-back guarantee:

TIME'S UNCONDITIONAL MONEY-BACK GUARANTEE

If at any time, for any reason, you are ever less than 100% satisfied with TIME, just let us know and we'll send you a prompt refund for all unexpired issues -- no questions asked!

IMPORTANT: Detach and mail this document in one of the official sweepstakes envelopes enclosed.

PANOR

Appeal allowed in part with costs.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Solicitors for the appellant: Davis, Montréal.

Procureurs de l'appelant : Davis, Montréal.

*Solicitors for the respondents: Miller Thomson
Pouliot, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Miller Thomson
Pouliot, Montréal.*

Momentous.ca Corporation, Rapidz Sports and Entertainment Inc., Rapidz Baseball Club Inc. and Zip.ca Inc. *Appellants*

v.

Canadian American Association of Professional Baseball Ltd., Inside the Park LLC, Greg Lockard, Dan Moushon, Bruce Murdoch, City of Ottawa and Miles Wolff *Respondents*

INDEXED AS: MOMENTOUS.CA CORP. v. CANADIAN AMERICAN ASSOCIATION OF PROFESSIONAL BASEBALL LTD.

2012 SCC 9

File No.: 33999.

2012: February 10; 2012: March 15.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Private international law — Jurisdiction of Ontario courts — Choice of forum clauses — Motion to dismiss action brought after statement of defence filed on ground that Ontario courts had no jurisdiction in light of forum selection clauses — Whether dismissal of action could be sought notwithstanding delivery of statement of defence — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(3)(a).

Held: The appeal should be dismissed.

Unless there is “strong cause” to displace the forum that the parties have agreed should resolve their dispute, order and fairness are better achieved when parties are held to their bargains. Here, the motion judge did not err in the exercise of her discretion to dismiss the action under Rule 21.01(3)(a) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, based upon the foreign forum selection clause. Although the motion must be brought promptly, nothing in Rule 21.01(3)(a) requires it to be brought before delivery of a statement of defence.

Momentous.ca Corporation, Rapidz Sports and Entertainment Inc., Rapidz Baseball Club Inc. et Zip.ca Inc. *Appelantes*

c.

Canadian American Association of Professional Baseball Ltd., Inside the Park LLC, Greg Lockard, Dan Moushon, Bruce Murdoch, Ville d’Ottawa et Miles Wolff *Intimés*

RÉPERTORIÉ : MOMENTOUS.CA CORP. c. CANADIAN AMERICAN ASSOCIATION OF PROFESSIONAL BASEBALL LTD.

2012 CSC 9

N° du greffe : 33999.

2012 : 10 février; 2012 : 15 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit international privé — Compétence des tribunaux de l’Ontario — Clauses d’élection de for — Motion présentée après le dépôt d’une défense en vue d’obtenir le rejet de l’action, au motif que les tribunaux ontariens n’avaient pas compétence du fait des clauses d’élection de for — Le rejet de l’action pouvait-il être demandé malgré la remise d’une défense? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(3)a.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

À moins qu’un « motif sérieux » ne justifie d’écarter le for dont ont convenu les parties comme lieu de règlement de leurs différends, la meilleure façon de faire régner l’ordre et l’équité consiste à obliger les parties à respecter leurs engagements. En l’espèce, la juge saisie de la motion n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour rejeter l’action en vertu de l’al. 21.01(3)a) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, compte tenu de la clause d’élection de for étranger. Bien que la motion doive être présentée avec diligence, la règle 21.01(3)a) n’exige aucunement qu’elle le soit avant la remise d’une défense.

Cases Cited

Referred to: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 17.06, 21.01.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, 325 D.L.R. (4th) 685, 270 O.A.C. 36, [2010] O.J. No. 4595 (QL), 2010 CarswellOnt 8322, affirming a decision of Ratushny J., 2009 CanLII 65823, [2009] O.J. No. 5016 (QL), 2009 CarswellOnt 7353, with additional reasons, 2010 ONSC 97 (CanLII), [2010] O.J. No. 9 (QL), 2010 CarswellOnt 4. Appeal dismissed.

Susan M. Brown, K. Scott McLean and James M. Wishart, for the appellants.

Pasquale Santini and Samantha A. Iturregui, for the respondents the Canadian American Association of Professional Baseball Ltd. et al.

Benoit Duchesne and Lauren J. Wihak, for the respondent the City of Ottawa.

Eric M. Appotive and Allison A. Russell, for the respondent Miles Wolff.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — Shortly after filing a statement of defence, the respondents Canadian American Association of Professional Baseball Ltd., Inside the Park LLC, Greg Lockard, Dan Moushon and Bruce Murdoch (the “Can-Am respondents”) moved under Rule 21.01(3)(a) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to dismiss the claim on the ground that Ontario courts had no jurisdiction because the appellants had signed agreements providing that disputes would be arbitrated or litigated in North Carolina. The motion judge dismissed the action against all the respondents on the basis of these arbitration and forum selection clauses (2009 CanLII 65823 (Ont. S.C.J.)). The Court of Appeal for Ontario

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 17.06, 21.01.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Laskin, Gillese et Juriansz), 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, 325 D.L.R. (4th) 685, 270 O.A.C. 36, [2010] O.J. No. 4595 (QL), 2010 CarswellOnt 8322, qui a confirmé une décision de la juge Ratushny, 2009 CanLII 65823, [2009] O.J. No. 5016 (QL), 2009 CarswellOnt 7353, avec motifs additionnels, 2010 ONSC 97 (CanLII), [2010] O.J. No. 9 (QL), 2010 CarswellOnt 4. Pourvoi rejeté.

Susan M. Brown, K. Scott McLean et James M. Wishart, pour les appelantes.

Pasquale Santini et Samantha A. Iturregui, pour les intimés Canadian American Association of Professional Baseball Ltd. et autres.

Benoit Duchesne et Lauren J. Wihak, pour l’intimée la Ville d’Ottawa.

Eric M. Appotive et Allison A. Russell, pour l’intimé Miles Wolff.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Peu de temps après avoir déposé une défense, les intimés Canadian American Association of Professional Baseball Ltd., Inside the Park LLC, Greg Lockard, Dan Moushon et Bruce Murdoch (les « intimés Can-Am ») ont présenté, en vertu de l’al. 21.01(3)a) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, une motion en vue d’obtenir le rejet de l’action, au motif que les tribunaux ontariens n’avaient pas compétence étant donné que les appelantes avaient signé des accords précisant que leurs différends seraient soumis à l’arbitrage en Caroline du Nord ou aux tribunaux de cet État. La juge saisie de la motion a rejeté l’action à l’égard de tous les intimés sur le fondement de ces clauses d’arbitrage et

upheld the decision (2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467).

[2] The parties to this appeal did not contest the finding of the Court of Appeal that certain respondents had attorned to the jurisdiction, although the motion judge had found that there had been no attornment. As a result, we do not comment on that issue. Nor did the appellants suggest that the dispute falls outside the ambit of the choice of forum or arbitration clauses to which they had agreed.

[3] At issue in this appeal is whether the Can-Am respondents could move under Rule 21.01(3)(a) to seek dismissal of the action based on the arbitration and forum selection clauses in the agreements, notwithstanding the delivery of a statement of defence. The appellants submit that a party that delivers a statement of defence on the merits is precluded from relying upon a forum selection clause, even where the statement of defence explicitly seeks to enforce the clause. We disagree.

[4] The Ontario *Rules of Civil Procedure* provide two rules under which a party may challenge whether an Ontario court can or should hear an action.

[5] Rule 17.06 permits a party who has been served with an originating process outside Ontario to move for an order setting aside the service or staying the proceeding on the grounds that service is not authorized by the *Rules* or that Ontario is not a convenient forum for the hearing of the proceeding. This rule requires that the motion be brought before the party delivers a defence, notice of intent to defend or notice of appearance.

[6] The Can-Am respondents did not proceed under Rule 17.06. They did not argue that there was no real and substantial connection to Ontario or that there was a more convenient forum.

d'élection de for (2009 CanLII 65823 (C.S.J. Ont.)). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision (2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467).

[2] Les parties au présent pourvoi n'ont pas contesté la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle certains intimés avaient acquiescé à la compétence des tribunaux ontariens, bien que la juge saisie de la motion ait conclu à l'absence d'acquiescement. En conséquence, nous ne commenterons pas ce point. En outre, les appelantes ne prétendent pas que le différend échappe à la portée des clauses d'arbitrage ou d'élection de for qu'elles avaient acceptées.

[3] Il s'agit donc en l'espèce de décider si les intimés Can-Am pouvaient, malgré la remise d'une défense, demander le rejet de l'action par voie de motion fondée sur l'al. 21.01(3)a, compte tenu des clauses d'arbitrage et d'élection de for contenues dans leurs accords. Selon les appelantes, la partie qui remet une défense sur le fond ne peut invoquer une clause d'élection de for, même si cette défense demande explicitement l'application de la clause. Nous ne sommes pas de cet avis.

[4] Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario comportent deux mécanismes permettant à une partie de contester soit la compétence d'un tribunal ontarien de connaître de l'action, soit l'opportunité qu'il s'en saisisse.

[5] Suivant la règle 17.06, la partie qui a reçu signification d'un acte introductif d'instance en dehors de l'Ontario peut demander par voie de motion une ordonnance d'annulation de la signification ou de sursis d'instance, au motif que les *Règles* n'autorisent pas la signification ou que l'Ontario ne constitue pas un lieu propice à l'audition de l'instance. Toujours suivant cette règle, la motion doit être déposée avant que la partie remette une défense, un avis de l'intention de présenter une défense ou un avis de comparution.

[6] Les intimés Can-Am n'ont pas invoqué la règle 17.06. Ils n'ont pas plaidé l'absence de lien réel et substantiel entre le litige et l'Ontario ou encore l'existence d'un ressort plus propice.

[7] Rule 21.01(3)(a) permits a defendant to seek a stay or dismissal of the action on the basis that the court has “no jurisdiction over the subject matter of the action”. Thus, when another forum — an arbitration panel, a tribunal or another court — has the exclusive jurisdiction to deal with the claim, the Ontario Superior Court of Justice will not take jurisdiction, based upon agreement or statute.

[8] We agree with Laskin J.A. that the Can-Am respondents were entitled to bring a motion under Rule 21.01(3)(a) to ask the court to dismiss the action because the parties had agreed to arbitrate and litigate disputes in another forum. Although the motion must be brought promptly, we agree with Laskin J.A. that there is nothing in Rule 21.01(3)(a) that requires it to be brought before delivery of a statement of defence. Within the framework provided by the Ontario *Rules of Civil Procedure*, a statement of defence that specifically pleads a foreign forum selection clause does not amount to consent that Ontario assume jurisdiction so as to preclude consideration on the merits of whether to enforce the clause.

[9] In *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, this Court confirmed that, in the absence of specific legislation, the proper test in determining whether to enforce a forum selection clause is discretionary in nature. It provides that unless there is a “strong cause” as to why a domestic court should exercise jurisdiction, order and fairness are better achieved when parties are held to their bargains.

[10] The appellants did not argue that there was any reason, apart from the delivery of a statement of defence, for the court to determine that there was “strong cause” for Ontario to displace the forum that the parties have agreed should resolve their disputes. We agree with the Court of Appeal that the motion judge did not err in the

[7] L’alinéa 21.01(3)a permet à un défendeur de demander le sursis ou le rejet de l’action au motif que le tribunal n’a « pas compétence pour connaître de l’objet de l’action ». Par conséquent, lorsqu’une autre juridiction — un comité d’arbitrage, un tribunal administratif ou une autre cour — a compétence exclusive pour connaître de l’action, la Cour supérieure de justice n’assumera pas sa compétence du fait de l’existence d’un accord ou d’un texte de loi à cet effet.

[8] Nous sommes d’accord avec le juge Laskin de la Cour d’appel pour dire que les intimés Can-Am avaient le droit de présenter, en vertu de l’al. 21.01(3)a, une motion demandant au tribunal de rejeter l’action parce que les parties avaient convenu de soumettre leurs différends à l’arbitrage ou aux tribunaux dans un autre ressort. Bien que la motion doive être présentée avec diligence, nous partageons l’avis du juge Laskin selon lequel l’al. 21.01(3)a n’exige aucunement qu’elle le soit avant la remise d’une défense. Dans le cadre établi par les *Règles de procédure civile* de l’Ontario, une défense qui invoque explicitement une clause d’élection de for étranger ne vaut pas consentement à la compétence des tribunaux ontariens, ce qui empêcherait l’examen au fond de la question de savoir s’il y a lieu de donner effet à la clause.

[9] Dans l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, notre Cour a confirmé que, en l’absence d’un texte de loi particulier, le critère applicable pour déterminer s’il y a lieu de donner effet à une clause d’élection de for est de nature discrétionnaire. Selon ce critère, la meilleure façon de faire régner l’ordre et l’équité consiste à obliger les parties à respecter leurs engagements, sauf dans le cas où des « motifs sérieux » justifient l’exercice par le tribunal national de sa compétence.

[10] Les appelantes n’ont pas soutenu qu’il existait quelque raison, à part la remise d’une défense, permettant à la Cour de conclure qu’un « motif sérieux » justifiait de substituer l’Ontario au for dont ont convenu les parties comme lieu de règlement de leurs différends. À l’instar de la Cour d’appel, nous estimons que la juge de première instance

exercise of her discretion to dismiss the action under Rule 21.01(3)(a).

[11] With respect to the second issue, whether the claims against the respondents the City of Ottawa and Mr. Wolff could be dismissed, we agree with the reasons of Laskin J.A.

[12] Accordingly, we would dismiss the appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Fraser Milner Casgrain, Ottawa.

Solicitors for the respondents the Canadian American Association of Professional Baseball Ltd. et al.: Kelly Santini, Ottawa.

Solicitors for the respondent the City of Ottawa: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the respondent Miles Wolff: Hamilton, Appotive, Ottawa.

n'a pas commis d'erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour rejeter l'action en vertu de l'al. 21.01(3)a).

[11] En ce qui concerne la seconde question en litige — celle de savoir s'il est possible de rejeter les actions visant les intimés la Ville d'Ottawa et Miles Wolff — nous souscrivons aux motifs du juge Laskin à cet égard.

[12] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Fraser Milner Casgrain, Ottawa.

Procureurs des intimés Canadian American Association of Professional Baseball Ltd. et autres : Kelly Santini, Ottawa.

Procureurs de l'intimée la Ville d'Ottawa : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Miles Wolff : Hamilton, Appotive, Ottawa.

Halifax Regional Municipality, a body corporate duly incorporated pursuant to the laws of Nova Scotia *Appellant*

v.

Nova Scotia Human Rights Commission, Lucien Comeau, Lynn Connors and Her Majesty The Queen in Right of the Province of Nova Scotia *Respondents*

and

Canadian Human Rights Commission *Intervener*

INDEXED AS: HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) v. NOVA SCOTIA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

2012 SCC 10

File No.: 33651.

2011: October 19; 2012: March 16.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Complaint filed with Nova Scotia Human Rights Commission — Commission requesting appointment of board of inquiry — Decision set aside on judicial review — Board prohibited from proceeding — Appeal allowed — Whether chambers judge applied correct standard of review — Whether Commission erred in requesting appointment of board of inquiry.

The complainant, a francophone Acadian parent who had children enrolled in one of the French-first-language schools in Halifax, filed complaints alleging that the funding arrangements for the schools discriminated against him and his children on the basis of their Acadian ethnic origin. Following municipal amalgamation and the consequent amalgamation of the affected school boards, Halifax imposed a tax to allow it to satisfy the statutory requirement that it

Halifax Regional Municipality, personne morale constituée sous le régime des lois de la Nouvelle-Écosse *Appelante*

c.

Nova Scotia Human Rights Commission, Lucien Comeau, Lynn Connors et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse *Intimés*

et

Commission canadienne des droits de la personne *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) c. NOUVELLE-ÉCOSSE (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

2012 CSC 10

N^o du greffe : 33651.

2011 : 19 octobre; 2012 : 16 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Dépôt d'une plainte à la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse — Commission ayant demandé la nomination d'une commission d'enquête — Décision annulée lors d'un contrôle judiciaire — Interdiction faite à la commission d'enquête d'aller de l'avant — Appel accueilli — Le juge en cabinet a-t-il appliqué la bonne norme de contrôle? — La Commission a-t-elle eu tort de demander la nomination d'une commission d'enquête?

Acadien francophone et père d'enfants inscrits à un établissement d'enseignement en français langue première de Halifax, le plaignant a allégué que les modalités de financement des écoles établissaient une distinction discriminatoire sur le fondement de l'origine ethnique acadienne de ses enfants et de la sienne. Par suite de la fusion municipale et du regroupement consécutif des conseils scolaires touchés, Halifax a prélevé une taxe pour satisfaire à son obligation légale de

maintain supplementary funding to schools that had received such funding prior to amalgamation. However, Halifax schools that formed part of the newly created Conseil scolaire acadien provincial, a province-wide public school board that administers French-first-language schools, did not receive supplementary funding. Legislation did not require Halifax to provide it to these schools.

After investigating the complaints, the Commission requested that a board of inquiry be appointed. Shortly thereafter, a *Charter* challenge brought by other parents led to a statutory amendment providing for supplementary funding for Conseil schools in Halifax. The *Charter* challenge was dismissed on consent. Halifax applied for judicial review of the Commission's decision to refer the complaint against it to a board of inquiry. A judge of the Nova Scotia Supreme Court set the referral decision aside and prohibited the board from proceeding. The Nova Scotia Court of Appeal reversed and cleared the way for the board of inquiry to go ahead.

Held: The appeal should be dismissed.

Judicial intervention is not justified at this preliminary stage of the Commission's work. The Commission did not decide that the complaint fell within the purview of the Act. Instead, the Commission made a discretionary decision that an inquiry was warranted in all of the circumstances. That decision should be reviewed for reasonableness. The decision was reasonable in the circumstances of this case. Whether judicial intervention is justified at this preliminary stage of the Commission's work turns mainly on the ongoing authority of this Court's decision in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 ("*Bell* (1971)"). It remains good authority for the proposition that referral decisions are subject to judicial review, but, beyond that, it should no longer be followed and courts should exercise great restraint in intervening at this early stage of the process. Under the contemporary Canadian law of judicial review, questions that would have been considered jurisdictional under *Bell* (1971) would not be so quickly labelled as such. Moreover, the notion of "preliminary questions", which permeates the reasoning in *Bell* (1971), has long since been abandoned. Even more fundamentally, contemporary courts would not so quickly accept that questions such as the one dealt with in *Bell* (1971) can be answered by an abstract interpretive exercise conducted without regard to the statutory context. Early judicial intervention also risks depriving the reviewing court of a full record bearing on the issue; allows for judicial imposition of

continuer d'offrir un financement supplémentaire aux établissements qui bénéficiaient d'une telle aide avant la fusion. Or, les écoles de Halifax qui faisaient partie du Conseil scolaire acadien provincial récemment créé, un conseil scolaire public chargé de l'administration des établissements d'enseignement en français langue première à la grandeur de la province, ne touchaient pas de fonds supplémentaires. La législation n'obligeait pas Halifax à leur en verser.

Après examen des plaintes, la Commission a demandé la nomination d'une commission d'enquête. Peu après, une action intentée par d'autres parents en application de la *Charte* a entraîné une modification législative prévoyant le financement supplémentaire des écoles du Conseil à Halifax, et l'action a été rejetée sur consentement. Halifax a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de renvoyer la plainte à une commission d'enquête. Un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a annulé le renvoi et interdit à la commission d'enquête d'aller de l'avant. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé le jugement et donné le feu vert à la commission d'enquête.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'intervention judiciaire n'est pas justifiée à cette étape préliminaire de la procédure administrative. La Commission n'a pas décidé que la plainte tombait sous le coup de la Loi. Elle a plutôt décidé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'une enquête était justifiée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Cette décision était assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable et, eu égard aux circonstances de l'espèce, elle était raisonnable. La réponse à la question de savoir si le contrôle judiciaire était justifié à cette étape préliminaire de la procédure de la Commission dépend essentiellement de ce que l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756 (« *Bell* (1971) ») a toujours valeur de précédent ou non. Cet arrêt continue d'avoir valeur de précédent pour ce qui est du contrôle judiciaire auquel peut donner lieu le renvoi, mais il ne devrait plus être suivi par ailleurs, et les cours de justice devraient faire preuve de grande retenue lorsqu'elles sont appelées à intervenir à cette étape initiale du processus. Suivant les règles actuelles du droit canadien en matière de contrôle judiciaire, les questions qui auraient été considérées comme des questions de compétence dans *Bell* (1971) ne seraient pas aussi spontanément qualifiées ainsi. Par ailleurs, la notion de « question préliminaire », qui imprègne le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Bell* (1971), a depuis longtemps été abandonnée. Mais plus fondamentalement encore, de nos jours, une cour de justice ne serait pas aussi encline à convenir que l'on peut statuer sur

a “correctness” standard with respect to legal questions that, had they been decided by the tribunal, might be entitled to deference; encourages an inefficient multiplicity of proceedings in tribunals and courts; and may compromise carefully crafted, comprehensive legislative regimes. Moreover, contemporary administrative law accords more value to the considered opinion of the tribunal on legal questions, whether the tribunal’s ruling is ultimately reviewable in the courts for correctness or reasonableness.

Given the breadth of the Commission’s discretion and the preliminary nature of its referral decision, a reviewing court should intervene in such a decision only if there is no reasonable basis in law or on the evidence to support it. This standard of review ensures that the reviewing court gives due deference to both the administrative decision and the administrative process. Whatever the ultimate merit of the complaints in this case might be, the information before the Commission provided it with a reasonable basis for referring the novel and complex complaints to a board of inquiry. The report of the Commission’s investigator, along with the surrounding circumstances, provided a reasonable basis in law and on the evidence for the Commission’s decision and it made no reviewable error.

Cases Cited

Overruled: *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, rev’g *R. v. Tarnopolsky, Ex parte Bell*, [1970] 2 O.R. 672; **referred to:** *Cowan v. Aylward*, 2002 NSCA 76, 205 N.S.R. (2d) 324; *Green v. Human Rights Commission (N.S.)*, 2011 NSCA 47, 303 N.S.R. (2d) 211; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Zündel v. Canada (Attorney General)*, [1999] 4 F.C. 289, aff’d (2000), 195 D.L.R. (4th) 394; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Losenzo v. Ontario Human Rights Commission* (2005), 78 O.R. (3d) 161; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Tottenham and District Rent*

une question comme celle en litige dans *Bell* (1971) en recourant à une interprétation abstraite, sans égard au contexte législatif. Une intervention judiciaire hâtive risque aussi de priver le tribunal de révision d’un dossier complet sur la question, elle ouvre la porte à l’assujettissement à la norme de la « décision correcte » de questions de droit qui, si elles étaient tranchées par le tribunal administratif, pourraient commander la déférence judiciaire, elle nuit à l’efficacité des recours par la multiplication des procédures administratives et judiciaires et elle peut compromettre un régime législatif complet soigneusement conçu par le législateur. Qui plus est, le droit administratif contemporain reconnaît une valeur accrue à l’opinion réfléchie d’un tribunal administratif sur une question de droit, et ce, que la décision de ce dernier soit ultimement susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable.

Étant donné l’étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission et le caractère préliminaire de sa décision de renvoi, le tribunal de révision ne doit intervenir que lorsque ni la loi ni la preuve n’offrent de fondement raisonnable à la décision. La norme de contrôle garantit que le tribunal de révision fait preuve de la déférence voulue envers la décision et la procédure administratives. Quel que soit le sort réservé ultimement aux plaintes, les données dont disposait la Commission offraient un fondement raisonnable à sa décision de renvoyer les allégations à la fois complexes et nouvelles à une commission d’enquête. Étant donné le rapport de l’enquêteur de la Commission et les circonstances de l’affaire, la loi et la preuve offraient un fondement raisonnable à la décision de la Commission, et cette dernière n’a pas commis d’erreur susceptible de contrôle judiciaire.

Jurisprudence

Arrêt rejeté : *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, inf. *R. c. Tarnopolsky, Ex parte Bell*, [1970] 2 O.R. 672; **arrêts mentionnés :** *Cowan c. Aylward*, 2002 NSCA 76, 205 N.S.R. (2d) 324; *Green c. Human Rights Commission (N.S.)*, 2011 NSCA 47, 303 N.S.R. (2d) 211; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Zündel c. Canada (Procureur général)*, [1999] 4 C.F. 289, conf. par 2000 CanLII 16731; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113; *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Losenzo c. Ontario Human Rights Commission* (2005), 78 O.R. (3d) 161; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S.

Tribunal, Ex parte Northfield (Highgate) Ltd., [1957] 1 Q.B. 103; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Violette v. New Brunswick Dental Society*, 2004 NBCA 1, 267 N.B.R. (2d) 205; *Air Canada v. Lorenz*, [2000] 1 F.C. 494; *Szcecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 170 N.R. 58; *Psychologist Y v. Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273; *Potter v. Nova Scotia Securities Commission*, 2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1; *Vancouver (City) v. British Columbia (Assessment Appeal Board)* (1996), 135 D.L.R. (4th) 48; *Mondesir v. Manitoba Assn. of Optometrists* (1998), 163 D.L.R. (4th) 703; *U.F.C.W., Local 1400 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (National Research Council) v. Zhou*, 2009 FC 164 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend Chapter 18 of the Acts of 1998, the Municipal Government Act, S.N.S. 2006, c. 38, ss. 1, 2.
Boards of Inquiry Regulations, N.S. Reg. 221/91, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 49(1) [am. 1998, c. 9, s. 27].
Education Act, S.N.S. 1995-96, c. 1, s. 76.
Establishment of Conseil scolaire acadien provincial, N.S. Reg. 38/2005.
Establishment of the Halifax Regional School Board, N.S. Reg. 40/2005.
Halifax Regional Municipality Act, S.N.S. 1995, c. 3, s. 84.

190; *R. c. Tottenham and District Rent Tribunal, Ex parte Northfield (Highgate) Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 103; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Violette c. New Brunswick Dental Society*, 2004 NBCA 1, 267 R.N.-B. (2^e) 205; *Air Canada c. Lorenz*, [2000] 1 C.F. 494; *Szcecka c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 170 N.R. 58; *Psychologist Y c. Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273; *Potter c. Nova Scotia Securities Commission*, 2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1; *Vancouver (City) c. British Columbia (Assessment Appeal Board)* (1996), 135 D.L.R. (4th) 48; *Mondesir c. Manitoba Assn. of Optometrists* (1998), 163 D.L.R. (4th) 703; *U.F.C.W., Local 1400 c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Conseil national de recherches du Canada c. Zhou*, 2009 CF 164 (CanLII).

Lois et règlements cités

Act to Amend Chapter 18 of the Acts of 1998, the Municipal Government Act, S.N.S. 2006, ch. 38, art. 1, 2.
Boards of Inquiry Regulations, N.S. Reg. 221/91, art. 1.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Education Act, S.N.S. 1995-96, ch. 1, art. 76.
Establishment of Conseil scolaire acadien provincial, N.S. Reg. 38/2005.
Establishment of the Halifax Regional School Board, N.S. Reg. 40/2005.
Halifax Regional Municipality Act, S.N.S. 1995, ch. 3, art. 84.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 5(1)a), q), 6a), 29, 32A(1), 34(1), (7), (8), 36.

Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, ss. 5(1)(a), (q), 6(a), 29, 32A(1), 34(1), (7), (8), 36.

Municipal Government Act, S.N.S. 1998, c. 18, ss. 530, 560.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).

Lemieux, Pierre. *Droit administratif: Doctrine et jurisprudence*, 5^e éd. Sherbrooke: Revue de droit Université de Sherbrooke, 2011.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Oland and Hamilton J.J.A.), 2010 NSCA 8, 287 N.S.R. (2d) 329, 912 A.P.R. 329, 66 M.P.L.R. (4th) 19, 8 Admin. L.R. (5th) 274, [2010] N.S.J. No. 54 (QL), 2010 CarswellNS 75, reversing a decision of Boudreau J., 2009 NSSC 12, 273 N.S.R. (2d) 258, 872 A.P.R. 258, 184 C.R.R. (2d) 295, 55 M.P.L.R. (4th) 69, 66 C.H.R.R. D/1, [2009] N.S.J. No. 13 (QL), 2009 CarswellNS 13. Appeal dismissed.

Randolph Kinghorne and Karen L. Brown, for the appellant.

John P. Merrick, Q.C., and *Kelly L. Buffett*, for the respondent the Nova Scotia Human Rights Commission.

Michel Doucet, Mark C. Power and Jean-Pierre Hachey, for the respondent Lucien Comeau.

Edward A. Gores, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of Nova Scotia.

No one appeared for the respondent Lynn Connors.

Philippe Dufresne, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 49(1) [mod. 1998, ch. 9, art. 27].

Municipal Government Act, S.N.S. 1998, ch. 18, art. 530, 560.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M. and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).

Lemieux, Pierre. *Droit administratif : Doctrine et jurisprudence*, 5^e éd. Sherbrooke : Revue de droit Université de Sherbrooke, 2011.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland et Hamilton), 2010 NSCA 8, 287 N.S.R. (2d) 329, 912 A.P.R. 329, 66 M.P.L.R. (4th) 19, 8 Admin. L.R. (5th) 274, [2010] N.S.J. No. 54 (QL), 2010 CarswellNS 75, qui a infirmé une décision du juge Boudreau, 2009 NSSC 12, 273 N.S.R. (2d) 258, 872 A.P.R. 258, 184 C.R.R. (2d) 295, 55 M.P.L.R. (4th) 69, 66 C.H.R.R. D/1, [2009] N.S.J. No. 13 (QL), 2009 CarswellNS 13. Pourvoi rejeté.

Randolph Kinghorne et Karen L. Brown, pour l'appelante.

John P. Merrick, c.r., et *Kelly L. Buffett*, pour l'intimée Nova Scotia Human Rights Commission.

Michel Doucet, Mark C. Power et Jean-Pierre Hachey, pour l'intimé Lucien Comeau.

Edward A. Gores, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse.

Personne n'a comparu pour l'intimée Lynn Connors.

Philippe Dufresne, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

I. Introduction

[1] The Nova Scotia Human Rights Commission (the “Commission”) enforces and administers the *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214 (the “Act”), and the Act gives the Commission considerable discretion as to how it carries out that mandate. When there is a complaint that the Act has been violated and the Commission is satisfied that an inquiry is warranted in all of the circumstances, it may set up a board of inquiry to look into the matter. When the Commission sets up a board of inquiry, what is the role of a court that is asked to review that decision?

[1] La Nova Scotia Human Rights Commission (la « Commission ») a pour mandat d’appliquer et de faire respecter la *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214 (la « Loi »), et le législateur lui confère une grande latitude à cet égard. Lorsqu’elle est saisie d’une allégation de violation de la Loi et que, compte tenu de l’ensemble des circonstances, elle est convaincue de la justification d’un examen, la Commission peut mettre sur pied une commission d’enquête pour examiner la plainte. Quelle doit alors être la démarche du tribunal de révision appelé à contrôler cette décision de la Commission?

[2] This question arises out of the Commission’s decision to refer Lucien Comeau’s complaints of discrimination to a board of inquiry. On judicial review, a Nova Scotia Supreme Court judge set aside that decision and prohibited the board from proceeding (2009 NSSC 12, 273 N.S.R. (2d) 258). The Nova Scotia Court of Appeal reversed and cleared the way for the board of inquiry to go ahead (2010 NSCA 8, 287 N.S.R. (2d) 329). The difference between the two courts concerned the proper scope of judicial review of the Commission’s decision. The appeal to this Court raises two main questions.

[2] Le litige fait suite à la décision de la Commission de renvoyer à une commission d’enquête les allégations de discrimination formulées par Lucien Comeau. Saisi d’une demande de contrôle judiciaire, un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a annulé la décision de la Commission et interdit à la commission d’enquête d’aller de l’avant (2009 NSSC 12, 273 N.S.R. (2d) 258). La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé ce jugement et donné le feu vert à la commission d’enquête (2010 NSCA 8, 287 N.S.R. (2d) 329). Les deux juridictions divergent d’opinion sur la juste portée du contrôle judiciaire auquel est soumise la décision de la Commission. Le pourvoi formé devant notre Cour soulève principalement deux questions.

[3] The first concerns the standard of judicial review of the Commission’s decision to refer the complaint to a board of inquiry. My view is that, given the breadth of the Commission’s discretion and the preliminary nature of its decision, a reviewing court should intervene only if there is no reasonable basis in law or on the evidence to support the Commission’s decision. The second question is whether, applying that standard of judicial review, the Commission made any reviewable error in appointing the board of inquiry. In my opinion,

[3] Premièrement, quelle norme de contrôle judiciaire s’applique à la décision de la Commission de renvoyer la plainte à une commission d’enquête? À mon avis, étant donné l’étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission et le caractère préliminaire de sa décision, le tribunal de révision ne doit intervenir que lorsque ni la loi ni la preuve n’offrent de fondement raisonnable à la décision de la Commission. Deuxièmement, au regard de cette norme, la Commission a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en nommant la

there was a reasonable basis in law and on the evidence for the Commission's decision here and it made no reviewable error.

[4] I therefore agree with the Court of Appeal that the Commission's decision should be upheld and I would dismiss the appeal.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Facts*

[5] Lucien Comeau complained to the Nova Scotia Human Rights Commission that the funding arrangements for the French-first-language schools in Halifax discriminated against him and his children on the basis of their Acadian ethnic origin. In order to understand the complaint, some background about school funding in Nova Scotia is required.

[6] In the mid-1990s, Nova Scotia created the Halifax Regional Municipality ("Halifax") by amalgamating the cities of Halifax and Dartmouth, the Town of Bedford and the County of Halifax: the *Halifax Regional Municipality Act*, S.N.S. 1995, c. 3, repealed by the *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, c. 18, s. 560 ("MGA"). Later, their school boards were similarly amalgamated, forming the Halifax Regional School Board: the *Establishment of the Halifax Regional School Board*, N.S. Reg. 40/2005. Before amalgamation, the cities of Halifax and Dartmouth provided supplementary funding to their respective school boards. (Provincial law allowed other municipalities to do the same, but no others did.) After amalgamation, Halifax was required by statute to maintain supplementary funding to the schools that had received funding from the former cities of Halifax and Dartmouth: the *Halifax Regional Municipality Act*, s. 84, and, after its repeal, the *MGA*, s. 530. Halifax raised this supplementary funding through taxation and then provided the funds to the relevant school boards — the Halifax and Dartmouth District School Boards at first, and then the Halifax

commission d'enquête? Selon moi, la loi et la preuve offraient en l'espèce un fondement raisonnable à la décision, et la Commission n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle judiciaire.

[4] Je conviens donc avec la Cour d'appel que la décision de la Commission doit être confirmée, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Rappel des faits et jugements dont appel

A. *Les faits*

[5] Lucien Comeau a saisi la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse d'une plainte. Il tenait pour discriminatoires sur le fondement de son origine ethnique et de celle de ses enfants — ils sont Acadiens — les modalités de financement des établissements d'enseignement en français langue première de Halifax. Quelques précisions s'imposent sur le financement des écoles en Nouvelle-Écosse pour bien situer la plainte dans son contexte.

[6] Au milieu des années 1990, la Nouvelle-Écosse a créé la Municipalité régionale de Halifax (« Halifax ») par la fusion des villes de Halifax, de Dartmouth et de Bedford et du comté de Halifax (*Halifax Regional Municipality Act*, S.N.S. 1995, ch. 3, abrogée par la *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, ch. 18, art. 560 (« MGA »)). Les conseils scolaires de ces villes et de ce comté ont par la suite fusionné eux aussi pour former le Halifax Regional School Board : *Establishment of the Halifax Regional School Board*, règl. 40/2005 N.-É. Avant la fusion, les villes de Halifax et de Dartmouth offraient un financement supplémentaire à leurs conseils scolaires respectifs (la législation provinciale permettait aux autres municipalités de les imiter, mais aucune ne le faisait). Après la fusion, Halifax était légalement tenue de continuer d'offrir un financement supplémentaire aux écoles auxquelles les anciennes villes de Halifax et de Dartmouth versaient auparavant des fonds (*Halifax Regional Municipality Act*, art. 84; après son abrogation, *MGA*, art. 530). Halifax prélevait ces fonds supplémentaires par voie de taxation puis les versait aux conseils scolaires en cause — d'abord aux

Regional School Board after the school boards' amalgamation. (Some additional funds were also raised and distributed in parts of Halifax other than in the former cities.)

[7] At around the same time as the amalgamation, the Province created the *Conseil scolaire acadien provincial* ("Conseil"), a province-wide public school board that administers French-first-language schools: the *Education Act*, S.N.S. 1995-96, c. 1; the *Establishment of Conseil scolaire acadien provincial*, N.S. Reg. 38/2005. The Conseil's funding came entirely from the Province and, in this respect, it differed from other Nova Scotia school boards, which also receive funding from the municipalities they serve.

[8] Conseil schools did not receive the supplemental funding from Halifax that was given to other public schools in the two former cities. Mr. Comeau took exception to this state of affairs. He is a francophone Acadian parent who had children enrolled in l'École Bois-Joli, one of the three Conseil schools in the former cities. He filed a complaint against Halifax with the Commission in June 2003, and a similar complaint against the Province (specifically, against Service Nova Scotia and Municipal Relations and the Department of Education) in July 2004. (The Province made it clear in oral argument that it does not seek reversal of the Court of Appeal's decision, meaning that the complaint against it is therefore no longer in issue.)

[9] In his complaints, Mr. Comeau relied on ss. 5(1)(a) and (q) of the Act to allege discrimination in respect of the provision of a service or facilities on the basis of ethnic origin. He also alleged violation of his rights under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Commission appointed an investigator, who filed three similar but separate reports on the complaints. In these reports, the investigator suggested that Mr. Comeau's complaints "would appear to establish a *prima facie* case of discrimination" (A.R., at p. 136). It is worth noting that while the MGA did not provide for

conseils des villes de Halifax et de Dartmouth, puis au conseil régional de Halifax après la fusion des conseils scolaires. (Des fonds supplémentaires ont également été prélevés puis distribués par Halifax sur les territoires des autres parties à la fusion.)

[7] Presque simultanément à la fusion, la province a créé le Conseil scolaire acadien provincial (le « Conseil »), un conseil scolaire public chargé de l'administration des établissements d'enseignement en français langue première à la grandeur de la province : *Education Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 1; *Establishment of Conseil scolaire acadien provincial*, règl. 38/2005 N.-É. Entièrement financé par la province, le Conseil différerait sur ce point des autres conseils scolaires de la Nouvelle-Écosse, qui recevaient en sus des fonds des municipalités qu'ils desservaient.

[8] Les écoles régies par le Conseil ne bénéficiaient pas du financement supplémentaire consenti par Halifax aux autres écoles publiques des deux anciennes villes, ce dont s'est indigné M. Comeau, un Acadien francophone, père d'enfants inscrits à l'École Bois-Joli, l'une des trois écoles administrées par le Conseil et situées sur le territoire des anciennes villes. En juin 2003, M. Comeau a porté plainte à la Commission contre Halifax puis, en juillet 2004, contre la province (plus précisément contre Services Nouvelle-Écosse et Relations avec les municipalités et le ministère de l'Éducation de la Nouvelle-Écosse). (À l'audience, la province a clairement renoncé à obtenir l'infirmation de la décision de la Cour d'appel, de sorte que la plainte portée contre elle n'est plus visée par le pourvoi.)

[9] À l'appui de ses allégations, M. Comeau invoque les al. 5(1)(a) et (q) de la Loi et se prétend victime de discrimination fondée sur l'origine ethnique dans la prestation de services ou la fourniture d'installations. Il allègue en outre la violation des droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Commission a nommé un enquêteur, et selon les trois rapports semblables mais distincts que ce dernier a rédigés, les plaintes de M. Comeau [TRADUCTION] « établiraient à première vue l'existence d'une discrimination » (d.a., p. 136). Il vaut la peine de signaler que

supplementary funding to Conseil schools, Halifax received a legal opinion that s. 76 of the *Education Act* would allow it to provide such funding should it wish to do so.

[10] The complaints were put on hold for a time as a result of other litigation raising similar issues. In August 2004, five parents of children in Conseil schools launched proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia. These parents contended that the funding scheme in s. 530 of the *MGA* violated the *Charter*, and asked for various constitutional remedies. The Commission decided to defer Mr. Comeau's two complaints pending resolution of this *Charter* challenge. The *Charter* challenge, though, was itself adjourned pending negotiations and proposed legislative amendment. The Commission therefore reactivated the complaints process, and, on November 3, 2006, requested the appointment of a board of inquiry to deal with Mr. Comeau's complaints. At the Commission's request, the Chief Judge of the Nova Scotia Provincial Court appointed such a board on November 9, 2006.

[11] Not long after, on November 23, 2006, an amendment to the *MGA* received Royal Assent. This amendment provided for supplementary funding for Conseil schools in Halifax, retroactive to April 1, 2006 (*An Act to Amend Chapter 18 of the Acts of 1998, the Municipal Government Act*, S.N.S. 2006, c. 38, ss. 1 and 2). As a consequence of this, the parties to the *Charter* challenge settled the matter and signed a consent order dismissing the action.

B. *Proceedings*

- (1) Supreme Court of Nova Scotia, 2009 NSSC 12, 273 N.S.R. (2d) 258 (Boudreau J.)

[12] Halifax applied to the Supreme Court of Nova Scotia for orders quashing the Commission's decision to refer Mr. Comeau's complaint against

même si la *MGA* ne prévoit pas le financement supplémentaire des écoles régies par le Conseil, selon un avis juridique obtenu par Halifax, l'art. 76 de l'*Education Act* lui permettrait d'assurer à son gré ce financement.

[10] L'examen des plaintes a été suspendu pendant un certain temps parce qu'un autre litige soulevait des points semblables. En août 2004, cinq parents d'enfants fréquentant des écoles régies par le Conseil ont en effet intenté une poursuite devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Ils soutenaient que le système de financement prévu à l'art. 530 de la *MGA* portait atteinte aux droits conférés par la *Charte* et ils réclamaient diverses réparations constitutionnelles. La Commission a décidé de surseoir à l'examen des deux plaintes de M. Comeau jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question constitutionnelle. Or, l'examen de celle-ci a lui aussi été suspendu le temps que les parties négocient et que la modification législative proposée soit apportée. La Commission a donc réactivé le dossier. Le 3 novembre 2006, elle a demandé la nomination d'une commission d'enquête chargée de l'examen des plaintes de M. Comeau, et le 9 novembre 2006, le juge en chef de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse a accédé à sa demande.

[11] Peu de temps après, le 23 novembre 2006, la modification de la *MGA* a obtenu la sanction royale. Dès lors, les écoles de Halifax régies par le Conseil bénéficiaient du financement supplémentaire avec effet rétroactif au 1^{er} avril 2006 (*An Act to Amend Chapter 18 of the Acts of 1998, the Municipal Government Act*, S.N.S. 2006, ch. 38, art. 1 et 2). Un règlement est donc intervenu dans l'instance fondée sur la *Charte*, et l'action a été rejetée sur consentement.

B. *Jugements dont appel*

- (1) Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, 2009 NSSC 12, 273 N.S.R. (2d) 258 (le juge Boudreau)

[12] Halifax a demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse d'annuler la décision de la Commission de renvoyer à une commission

it to a board of inquiry and prohibiting the board from proceeding. The application was granted. The chambers judge was of the view that, through the referral decision, the Commission had decided that the complaint fell under the Act. This determination was, in his view, one of jurisdiction subject to correctness review. The judge concluded that the absence of jurisdiction was clear and there would be no benefit from a fuller inquiry by the board. The judge considered but rejected the Commission's submission that the board of inquiry had the capacity to consider a jurisdictional challenge and that the court should not intervene until the board of inquiry had ruled on the question. Relying in part on this Court's decision in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 (“*Bell* (1971)”), he decided that it was appropriate to intervene at this early stage and to prohibit the board from embarking on a potentially long but ultimately fruitless proceeding.

- (2) Nova Scotia Court of Appeal, 2010 NSCA 8, 287 N.S.R. (2d) 329 (MacDonald C.J.N.S. (Oland and Hamilton J.J.A. concurring))

[13] The Commission and Mr. Comeau successfully appealed to the Nova Scotia Court of Appeal.

[14] The Court of Appeal considered the appropriateness of a superior court intervening “to stifle a Board of Inquiry even before it begins” (para. 16). The court accepted that, in appropriate circumstances, the courts have discretion to prohibit the work of administrative bodies in mid-stream. However, the Court of Appeal referred to cases commenting that this Court's decision in *Bell* (1971) is of doubtful ongoing authority and should not be applied too widely. The Court of Appeal noted that *Bell* (1971) represents a “high watermark when it comes to pre-emptively curtailing administrative decisions” (para. 18). When courts are asked to prohibit the ongoing work of administrative bodies, they should exercise restraint. The appropriate test for judicial intervention at

d'enquête la plainte déposée contre elle par M. Comeau et d'interdire à cette commission d'aller de l'avant. La demande a été accueillie. Le juge en cabinet a opiné qu'en décidant du renvoi, la Commission avait conclu que la plainte tombait sous le coup de la Loi, une conclusion qui, selon lui, portait sur la compétence et appelait l'application de la norme de la décision correcte. Il a estimé que le défaut de compétence était patent et que la tenue d'une enquête complète n'aurait aucune utilité. Il a rejeté après examen la prétention de la Commission selon laquelle la commission d'enquête avait le pouvoir de se pencher sur une contestation de compétence et une cour de justice ne devait intervenir qu'une fois que la commission d'enquête avait statué sur la question. Se fondant en partie sur l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756 (« *Bell* (1971) »), le juge a statué qu'il y avait lieu d'intervenir à ce stade préliminaire et d'empêcher la commission d'entreprendre une enquête susceptible d'être longue et de se révéler infructueuse au final.

- (2) Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, 2010 NSCA 8, 287 N.S.R. (2d) 329 (le juge en chef MacDonald, avec l'appui des juges Oland et Hamilton)

[13] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel interjeté par la Commission et M. Comeau.

[14] La Cour d'appel s'interroge sur l'opportunité de l'immixtion d'une cour supérieure [TRADUCTION] « pour tuer dans l'œuf une commission d'enquête » (par. 16). Elle reconnaît que, dans certaines circonstances, une cour de justice a le pouvoir discrétionnaire d'interdire à un organisme administratif de poursuivre ses travaux. Elle renvoie cependant à des décisions dans lesquelles on se demande si l'arrêt *Bell* (1971) de notre Cour a toujours valeur de précédent et on conclut qu'il ne doit pas être appliqué trop largement. Elle fait observer que *Bell* (1971) représente [TRADUCTION] « un sommet pour ce qui est de couper l'herbe sous le pied d'un tribunal administratif » (par. 18). La cour de justice à qui l'on demande d'interdire à un organisme administratif de poursuivre ses activités doit faire preuve

this early stage of the process is that the tribunal's lack of jurisdiction to deal with the matter is "clear and beyond doubt" (para. 22). This judicial reluctance to interfere while the administrative process is unfolding is the result of "significant deference" to the Commission's broad mandate to investigate complaints and to the Commission's broad discretion to request the appointment of a board of inquiry (paras. 24-29). Applying this approach, the Court of Appeal found that the chambers judge had made two errors.

[15] First, he had erroneously characterized Mr. Comeau's complaints as seeking only legislative reform. In fact, Mr. Comeau had asked for, and the Commission had pointed to the possibility of, other remedies which were not clearly and beyond doubt outside the Commission's mandate (paras. 32-33). Second, the chambers judge had misapprehended the nature of the Commission's decision. All the Commission had done was to refer the complaint to a board of inquiry; the Commission had not decided any issue on its merits. These remained for the board of inquiry to address. Both of these errors represented "palpable and overriding errors of fact" on the part of the chambers judge, while his failure to accord deference to the Commission's decision represented an error of law (paras. 33 and 36 (emphasis deleted); see also para. 37).

[16] In the Court of Appeal's view, it was not clear and beyond doubt that the complaint was outside the board's jurisdiction and the chambers judge had consequently been wrong to intervene. The court allowed the appeal and reinstated the appointment of the board of inquiry.

III. Analysis

A. *The Applicable Standard of Review*

[17] The resolution of two issues separated the chambers judge and the Court of Appeal in their

de retenue. Le critère à appliquer pour déterminer si son intervention est justifiée à ce stade initial de la procédure consiste à se demander si le défaut de compétence du tribunal administratif pour examiner l'affaire est [TRADUCTION] « clair et indubitable » (par. 22). Cette réticence judiciaire à intervenir pendant le déroulement de la procédure administrative s'explique en l'occurrence par [TRADUCTION] « la grande déférence » dont une cour de justice doit faire preuve à l'égard du grand pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière d'examen des plaintes et vis-à-vis de son grand pouvoir discrétionnaire de demander la nomination d'une commission d'enquête (par. 24-29). Au terme de ce raisonnement, la Cour d'appel conclut que le juge en cabinet a commis deux erreurs.

[15] Premièrement, il a mal qualifié les plaintes en considérant que M. Comeau demandait uniquement une modification législative. En effet, M. Comeau réclamait — et la Commission avait évoqué la possibilité — d'autres réparations qui n'échappaient pas clairement et indubitablement au mandat de la Commission (par. 32-33). En second lieu, le juge a mal défini la nature de la décision. La seule mesure prise par la Commission avait été de renvoyer la plainte à une commission d'enquête. Elle n'avait tranché aucune question sur le fond. Il appartenait à la commission d'enquête de le faire. Il s'agit de deux [TRADUCTION] « erreurs de fait manifestes et dominantes », et l'omission du juge de déférer à la décision de la Commission équivaut à une erreur de droit (par. 33 et 36 (italiques supprimés); voir également par. 37).

[16] Pour la Cour d'appel, il n'est pas clair et indubitable que la plainte échappait à la compétence de la commission d'enquête, et c'est donc à tort que le juge est intervenu. Elle accueille l'appel et rétablit la nomination de la commission d'enquête.

III. Analyse

A. *La norme de contrôle applicable*

[17] Leurs réponses à deux des questions en litige montrent que le juge en cabinet et la Cour

understanding of the role of the reviewing court in this case. The first relates to the applicable standard of judicial review. This turns mainly on the nature of the Commission's decision. My view is that the Commission's decision was not a determination of its jurisdiction but rather a discretionary decision that an inquiry was warranted in all of the circumstances. That discretionary decision should be reviewed for reasonableness. The second issue raises the related question of when judicial intervention is justified at this preliminary stage of the Commission's work. This turns mainly on the ongoing authority of this Court's decision in *Bell* (1971). In my view, *Bell* (1971) should no longer be followed and courts should exercise great restraint in intervening at this early stage of the process. Further, the reasonableness standard of review, applied in the context of proposed judicial intervention at this preliminary stage of the Commission's work, may be expressed as follows: is there a reasonable basis in law or on the evidence for the Commission's conclusion that an inquiry is warranted? Applying that test here, the Commission's decision should have been allowed to stand.

(1) The Nature of the Commission's Decision

[18] The chambers judge applied the correctness standard of review because he thought that the Commission had made a determination that "the complaint fell under the [Act] and therefore under its jurisdiction" (para. 53). The Court of Appeal disagreed with this characterization of the Commission's decision. Rather than making a decision about its jurisdiction, the Commission had "simply decided to advance the complaint to the next level by establishing an independent Board of Inquiry" (para. 35).

[19] I respectfully agree with the Court of Appeal. The Commission's decision to refer a complaint to a board of inquiry is not a determination of whether the complaint falls within the Act. Rather, within

d'appel conçoivent différemment le rôle du tribunal de révision en l'espèce. La première question est celle de la norme de contrôle applicable, ce qui tient en grande partie à la nature de la décision de la Commission. J'estime que la Commission n'a pas statué sur sa compétence, mais qu'elle a plutôt décidé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'une enquête était justifiée dans les circonstances. Sa décision discrétionnaire est assujettie à la norme de la décision raisonnable. La seconde question — connexe à la première — est celle de savoir dans quels cas une cour de justice est justifiée d'intervenir à cette étape préliminaire de la procédure de la Commission. La réponse dépend essentiellement de ce que l'arrêt *Bell* (1971) a toujours valeur de précédent ou non. À mon avis, cet arrêt de notre Cour ne devrait plus être suivi, et les cours de justice devraient faire preuve de grande retenue lorsqu'elles sont appelées à intervenir à cette étape initiale du processus. De plus, dans le contexte d'une intervention judiciaire envisagée à ce stade préliminaire de la procédure administrative, la norme de contrôle de la décision raisonnable peut être formulée comme suit : la loi ou la preuve offre-t-elle un fondement raisonnable à la conclusion de la Commission selon laquelle la tenue d'une enquête est justifiée? Au regard de ce critère, force est de conclure que la décision de la Commission aurait dû être confirmée.

(1) Nature de la décision de la Commission

[18] Le juge en cabinet applique la norme de la décision correcte parce que, selon lui, la Commission a conclu que [TRADUCTION] « la plainte tombait sous le coup de la [Loi] et relevait donc de sa compétence » (par. 53). La Cour d'appel exprime son désaccord et estime que la Commission ne s'est pas prononcée sur sa compétence, mais a [TRADUCTION] « simplement décidé de faire passer la plainte à l'étape suivante en mettant sur pied une commission d'enquête indépendante » (par. 35).

[19] J'abonde pour ma part dans le sens de la Cour d'appel. Lorsqu'elle décide de confier l'examen d'une plainte à une commission d'enquête, la Commission ne conclut pas que la plainte tombe

the scheme of the Act, the Commission plays an initial screening and administrative role; it may, for example, decide to refer a complaint to a board of inquiry so that the board can resolve a jurisdictional matter.

[20] The Act sets up a complete regime for the resolution of human rights complaints. Within this regime, the Commission performs a number of functions related to the enforcement and promotion of human rights. With regard to complaints, it acts as a kind of gatekeeper and administrator. Under s. 29 as it read at the relevant time, the Commission was required to “instruct the Director [of Human Rights] or some other officer to inquire into and endeavour to effect a settlement” of a complaint, provided that the complaint is in writing in the prescribed form or that the Commission “has reasonable grounds for believing that a complaint exists”.

[21] Where a complaint is not settled or otherwise determined, the Commission may appoint a board of inquiry to inquire into it (s. 32A(1)). The Commission has a broad discretion as to whether or not to take this step. The Commission may do so if it “is satisfied that, having regard to all circumstances of the complaint, an inquiry thereinto is warranted” (*Boards of Inquiry Regulations*, N.S. Reg. 221/91, s. 1). There is no legislative requirement that the Commission determine that the matter is within its jurisdiction or that it passes some merit threshold before appointing a board of inquiry; the Commission must simply be “satisfied” having regard to all the circumstances of the complaint that an inquiry is warranted.

[22] Once appointed, a board of inquiry conducts a public hearing into the complaint and decides the matter. The board of inquiry has the authority to determine any question of fact or law required to make a determination on whether there has been a contravention of the Act, and has the power to remedy such contravention (ss. 34(1), (7) and (8)).

sous le coup de la Loi. Suivant le régime législatif, la Commission est plutôt appelée à exercer des fonctions d’examen préalable et d’administration. Elle peut notamment renvoyer la plainte à une commission d’enquête pour que cette dernière tranche une question de compétence.

[20] La Loi établit, pour le règlement des plaintes relatives aux droits de la personne, un régime complet dans le cadre duquel la Commission accomplit un certain nombre de fonctions dans le but de faire respecter et de promouvoir les droits de la personne. Pour ce qui est des plaintes, elle joue en quelque sorte un rôle de gardien et d’administrateur. Suivant l’art. 29 en vigueur au moment considéré en l’espèce, lorsque la plainte était présentée par écrit dans la forme prescrite ou que la Commission a [TRADUCTION] « des motifs raisonnables de croire qu’une plainte existe », la Commission devait « charge[r] le directeur [des droits de la personne] ou un autre fonctionnaire d’étudier et de s’efforcer de régler toute plainte ».

[21] Lorsque la plainte ne fait l’objet d’aucune décision, y compris un règlement, la Commission peut nommer une commission d’enquête pour l’examiner (par. 32A(1)). Elle jouit d’un grand pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit de prendre ou non cette mesure. Elle peut opter pour cette avenue lorsqu’elle est [TRADUCTION] « convaincue, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, que l’examen de celle-ci est justifié » (*Boards of Inquiry Regulations*, règl. 221/91 N.-É., art. 1). Elle n’est pas légalement tenue de conclure que l’affaire relève de sa compétence ou que la plainte a un minimum de fondement avant de nommer une commission d’enquête; il lui suffit d’être « convaincue », compte tenu des circonstances relatives à la plainte, que l’examen de celle-ci est justifié.

[22] Une fois nommée, la commission d’enquête tient une audience publique à l’issue de laquelle elle statue sur la plainte. Elle a le pouvoir de trancher toute question de fait ou de droit lorsque cela est nécessaire pour déterminer s’il y a eu contravention à la Loi; elle possède aussi le pouvoir d’ordonner réparation lorsqu’il y a eu contravention (par. 34(1),

There is an appeal to the Court of Appeal from a decision of the board of inquiry on questions of law (s. 36).

[23] What is important here is that a decision to refer a complaint to a board of inquiry is not a determination that the complaint is well founded or even within the purview of the Act. Those determinations may be made by the board of inquiry. In deciding to refer a complaint to a board of inquiry, the Commission's function is one of screening and administration, not of adjudication.

[24] The nature of this role has been recognized in the Nova Scotia case law and in the case law which has developed in relation to the similarly worded provisions of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6: see *Cowan v. Aylward*, 2002 NSCA 76, 205 N.S.R. (2d) 324, at para. 40; *Green v. Human Rights Commission (N.S.)*, 2011 NSCA 47, 303 N.S.R. (2d) 211, at paras. 35-36; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 53; *Zündel v. Canada (Attorney General)*, [1999] 4 F.C. 289 (T.D.), at para. 20 (“*Zündel (1999)*”), aff'd (2000), 195 D.L.R. (4th) 394 (F.C.A.) (“*Zündel (2000)*”); and *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (“*Bell (1999)*”), at paras. 35-37. While there is some limited assessment of the merits inherent in this screening and administrative role, the Commission is not making any final determination about the complaint's ultimate success or failure: see, e.g., *Cooper*, at para. 53; and *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 899.

[25] Moreover, the Commission's referral decision is a discretionary one. Subsection 32A(1) of the Act provides that the Commission “may” appoint a board. Section 1 of the *Boards of Inquiry Regulations* expands on this permissive language, stating that the Commission “may” appoint a board “if the Commission is satisfied that, having regard

(7) et (8)). Sa décision sur toute question de droit est susceptible d'appel devant la Cour d'appel (art. 36).

[23] Il importe de souligner en l'espèce que même si la Commission décide du renvoi à une commission d'enquête, elle ne conclut pas pour autant que la plainte est fondée ni même qu'elle tombe sous le coup de la Loi, des conclusions qui ressortissent plutôt à la commission d'enquête. Lorsqu'elle confie l'examen d'une plainte à une commission d'enquête, la Commission exerce une fonction d'examen préalable et d'administration; elle ne statue pas au fond.

[24] La nature de ce rôle est reconnue dans la jurisprudence de la Nouvelle-Écosse et dans celle issue de l'application des dispositions analogues de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 : voir *Cowan c. Aylward*, 2002 NSCA 76, 205 N.S.R. (2d) 324, par. 40; *Green c. Human Rights Commission (N.S.)*, 2011 NSCA 47, 303 N.S.R. (2d) 211, par. 35-36; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 53; *Zündel c. Canada (Procureur général)*, [1999] 4 C.F. 289 (1^{re} inst.), par. 20 (« *Zündel (1999)* »), conf. par 2000 CanLII 16731 (C.A.F.) (« *Zündel (2000)* »); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (« *Bell (1999)* »), par. 35-37. Bien que cette fonction d'examen préalable et d'administration suppose nécessairement un minimum d'appréciation du bien-fondé de la plainte, la Commission, lorsqu'elle l'exerce, ne rend aucune décision définitive sur l'issue de la plainte : voir, p. ex., les arrêts *Cooper*, par. 53, et *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, p. 899.

[25] De plus, la décision de la Commission de renvoyer la plainte est de nature discrétionnaire. Le paragraphe 32A(1) de la Loi dispose que la Commission [TRADUCTION] « peut » nommer une commission d'enquête. L'article premier du *Boards of Inquiry Regulations* confirme cette faculté en précisant que la Commission « peut » s'en prévaloir

to all circumstances of the complaint, an inquiry thereinto is warranted” (see *Green*, at para. 5). It is up to the Commission to perform an initial investigation of a complaint and decide whether or not an inquiry is warranted in all of the circumstances.

[26] Having regard to the statutory scheme and the Commission’s role in it, I agree with the Court of Appeal that the chambers judge erred in his characterization of the decision to appoint a board of inquiry. The Commission’s referral decision did not involve the sort of determinations that the chambers judge thought it did. Instead, the Commission’s function was simply one of exercising its statutory discretion to decide whether it was satisfied that, having regard to all of the circumstances of the complaint, an inquiry by a board of inquiry was warranted, a function “more administrative than judicial in nature”: *Losenno v. Ontario Human Rights Commission* (2005), 78 O.R. (3d) 161 (C.A.), at para. 15.

[27] Discretionary decisions by administrative tribunals, such as the Commission’s referral decision in issue here, are normally subject to judicial review on a reasonableness standard: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 53. Halifax, however, relies on the decision of this Court in *Bell* (1971) for the proposition that neat and discrete points of law on which referral decisions rely are reviewed for correctness by the courts and that such review may occur before the administrative tribunal itself has addressed the issue. The continuing authority of *Bell* (1971) was the second point on which the chambers judge and the Court of Appeal disagreed and I turn to it now.

(2) *Bell* (1971)

[28] In *Bell* (1971), Mr. McKay, a black man from Jamaica, complained to the Ontario Human Rights Commission alleging discrimination on the basis of race, colour and place of origin by being refused rental of living accommodations contrary to the *Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O.

« lorsqu’elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, que l’examen de celle-ci est justifié » (voir *Green*, par. 5). C’est à la Commission qu’il incombe d’examiner la plainte au préalable et de décider si une enquête est justifiée, compte tenu de l’ensemble des circonstances.

[26] Eu égard au régime législatif et au rôle confié à la Commission, je conviens avec la Cour d’appel que le juge en cabinet a qualifié erronément la décision de nommer une commission d’enquête. En renvoyant la plainte à une commission d’enquête, la Commission n’a pas tiré de conclusions du type invoqué par le juge en cabinet. Elle s’est plutôt contentée d’exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait la Loi de décider si elle était convaincue, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, que l’examen de celle-ci par une commission d’enquête était justifié. Il s’agit d’une fonction [TRADUCTION] « de nature davantage administrative que judiciaire » : *Losenno c. Ontario Human Rights Commission* (2005), 78 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 15.

[27] La décision discrétionnaire d’un tribunal administratif, tel le renvoi de la plainte en l’espèce, est normalement susceptible de contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 53). Halifax invoque cependant l’arrêt *Bell* (1971) pour soutenir que les points de droit clairs et nets qui sous-tendent une décision de renvoi commandent la norme de la décision correcte et que le contrôle judiciaire peut intervenir avant que le tribunal administratif ne se prononce lui-même. Le second point qui oppose le juge en cabinet et la Cour d’appel est celui de savoir si l’arrêt *Bell* (1971) a toujours valeur de précédent. Je l’examine ci-après.

(2) *Bell* (1971)

[28] Dans l’affaire *Bell* (1971), M. McKay, un homme de race noire originaire de Jamaïque, avait porté plainte à la Commission des droits de la personne de l’Ontario, alléguant qu’on avait refusé de lui louer un logement à cause de sa race, de sa couleur et de son lieu d’origine, des motifs de

1961-62, c. 93, s. 3, as amended by S.O. 1967, c. 66, s. 1. The *Code* contained anti-discrimination provisions with respect to refusal of “occupancy of any . . . self-contained dwelling unit” (s. 3). The Commission referred the complaint to a board of inquiry whose role was to investigate the matter, determine whether it was supported by the evidence and, if so, recommend a course of action to the Commission. At the outset of the hearing before the board of inquiry, the respondent to the complaint asked that it be dismissed for lack of jurisdiction, contending that the accommodation in question was not a “self-contained dwelling unit” and thus did not fall within the purview of the *Code*. The board refused to make the finding that the premises were not a self-contained dwelling unit because, at that stage of the proceedings, there was no way of knowing whether they were or not.

[29] The respondent then applied to the Supreme Court of Ontario for an order prohibiting the board from proceeding and filed affidavit evidence supporting his contention that the premises were not self-contained. The judge hearing the application found that the premises were not a self-contained dwelling unit and prohibited the board from proceeding with the inquiry. The Court of Appeal reversed on the ground that the judicial intervention by way of prohibition had been premature. As Laskin J.A., as he then was, put it on behalf of a unanimous five-member panel of the Court of Appeal, “if no objection can be taken to the establishment or constitution of the board of inquiry it is premature to seek to stall its proceedings at their inception on the ground of an apprehended error of law . . . which it is assumed the board will make”: *sub nom. R. v. Tarnopolsky, Ex parte Bell*, [1970] 2 O.R. 672, at p. 679. On the further appeal to this Court, the question was whether the respondent, who was convinced that the complaint did not relate to a matter within the purview of the *Code*, was precluded from having that issue determined by a court until the board had done so (p. 769).

[30] A majority of this Court answered the question in the negative and restored the order of the

distinction illicites suivant l'*Ontario Human Rights Code*, 1961-62, S.O. 1961-62, ch. 93, art. 3, mod. par S.O. 1967, ch. 66, art. 1. Le *Code* renfermait des dispositions qui interdisaient de se fonder sur un motif discriminatoire pour [TRADUCTION] « refuser de louer . . . un logement indépendant » à une personne (art. 3). La Commission a renvoyé la plainte à un comité qui avait pour mandat de faire enquête, de déterminer si les allégations étaient étayées par la preuve et, dans l'affirmative, de recommander une mesure. Au début de l'audience, le défendeur a demandé au comité de se déclarer incompétent du fait que le logement en question n'était pas un [TRADUCTION] « logement indépendant » et échappait donc à l'application du *Code*. Le comité d'enquête a refusé de conclure que le logement n'était pas indépendant parce qu'il lui paraissait impossible à ce stade de la procédure de déterminer s'il l'était ou non.

[29] Le défendeur a ensuite demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'interdire au comité d'enquête de poursuivre son examen. Il a déposé un affidavit à l'appui de sa prétention selon laquelle le logement n'était pas indépendant. Le juge saisi de la demande a conclu que le logement en question n'était pas indépendant et il a interdit au comité de poursuivre son enquête. La Cour d'appel a infirmé cette décision au motif que l'intervention judiciaire par voie d'interdiction était prématurée. Comme l'a dit le juge Laskin (plus tard juge puis Juge en chef de la Cour) au nom d'une formation unanime de cinq juges de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « s'il ne peut être soulevé d'objection à l'établissement ou à la constitution du comité d'enquête, il est prématuré de chercher à en bloquer les procédures dès leur début dans l'appréhension d'une erreur de droit . . . que l'on présume que le comité fera » : *sub nom. R. c. Tarnopolsky, Ex parte Bell*, [1970] 2 O.R. 672, p. 679. Notre Cour a ensuite été appelée à décider si le défendeur, qui se disait convaincu que la plainte alléguait une discrimination dans un domaine non visé par le *Code*, était irrecevable à saisir une cour de justice avant même que le comité d'enquête ne se prononce (p. 769).

[30] Les juges majoritaires ont répondu par la négative et rétabli l'ordonnance par laquelle le

judge at first instance prohibiting the board from continuing with the inquiry. On the subject of prematurity, Martland J., writing for the majority, quoted with approval from *R. v. Tottenham and District Rent Tribunal, Ex parte Northfield (Highgate) Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 103. There, Lord Goddard C.J. had addressed the question of when it was appropriate for a court to grant prohibition in an ongoing administrative proceeding on the basis of a point the tribunal had not yet considered. He stated that

it would be impossible and not at all desirable to lay down any definite rule as to when a person is to go to the tribunal or come here for prohibition where the objection is that the tribunal has no jurisdiction. . . . For myself, I would say that where there is a clear question of law not depending upon particular facts . . . there is no reason why the applicants should not come direct to this court for prohibition rather than wait to see if the decision goes against them . . . [Emphasis added; p. 108.]

[31] Relying on this passage, the Court rejected the position adopted by the Court of Appeal that the application for prohibition had been premature. Martland J. noted that the facts about the nature of the premises related only to the structure of the building and did not involve choosing between the conflicting testimonies of witnesses. He took the view that the judge to whom the application for prohibition was made had discretion to grant it or not. However, he had not erred in intervening in this case. The board of inquiry had “no power to deal with alleged discrimination in matters not within the purview of the Act” and the respondent “was not compelled to await the decision of the board on that issue before seeking to have it determined in a court of law. . .” (p. 775). (I should add that the Court was concerned that there might not be any effective judicial review after the board completed its work: see p. 769.)

[32] In the case before us, the chambers judge relied on *Bell* (1971) in deciding that it was appropriate to deal with “the question of the Commission’s

juge de première instance avait interdit au comité de poursuivre son enquête. Au sujet du caractère prématuré, le juge Martland, s’exprimant au nom de la majorité, a cité en l’approuvant l’arrêt *R. c. Tottenham and District Rent Tribunal, Ex parte Northfield (Highgate) Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 103, où le lord juge en chef Goddard avait dit ce qui suit sur les cas dans lesquels il convenait qu’une cour de justice interdise sur demande la poursuite d’une procédure administrative pour un motif non encore examiné par le tribunal administratif :

[TRADUCTION] . . . il serait impossible et tout à fait inopportun d’établir une règle précise pour déterminer dans quels cas la personne qui conteste la compétence d’un tribunal administratif doit s’adresser à celui-ci et dans quels cas elle doit plutôt saisir notre cour d’une demande d’ordonnance d’interdiction . . . Pour ma part, je dirais que lorsque se pose une question de droit manifeste dont le règlement ne dépend pas de faits particuliers . . . rien n’empêche le demandeur de s’adresser directement à notre cour pour obtenir une ordonnance d’interdiction plutôt que d’attendre de voir si la décision lui sera défavorable . . . [Je souligne; p. 108.]

[31] S’appuyant sur ce passage, notre Cour a écarté le point de vue de la Cour d’appel, à savoir qu’il avait été prématuré de demander une ordonnance d’interdiction. Le juge Martland a fait observer que les faits relatifs à la nature des lieux avaient trait uniquement à la structure de l’immeuble et n’obligeaient pas à départager des témoignages contradictoires. Il estimait que le juge avait le pouvoir discrétionnaire de faire droit ou non à la demande d’ordonnance d’interdiction. Selon lui, le juge n’avait cependant pas eu tort d’intervenir. Le comité d’enquête n’avait pas « le pouvoir de se prononcer lorsque la discrimination dont on se plaint tomb[ait] dans un domaine non prévu par la Loi », et le défendeur « n’était pas tenu d’attendre la décision du comité d’enquête sur ce point avant de chercher . . . à le faire [trancher] par une cour de justice » (p. 775). (Il convient de signaler que la Cour craignait qu’il ne puisse y avoir de véritable contrôle judiciaire une fois l’enquête terminée : voir p. 769.)

[32] Dans la présente affaire, le juge en cabinet s’appuie sur l’arrêt *Bell* (1971) pour conclure qu’il convient de statuer préalablement

jurisdiction” at a preliminary stage — indeed, before there had been any determination of whether the complaints fell within the purview of the Act (para. 48). He was of the view that there would be no benefit obtained from “a fuller or expanded factual background . . . in order to adjudicate and decide the application and issues” raised in the prohibition proceedings (para. 48). The Court of Appeal, for its part, noted that courts should take a restrained approach to “pre-emptively curtailing” administrative decisions (para. 18). After referring to cases that cautioned against giving *Bell* (1971) too broad a reading and even questioning its ongoing authority, the Court of Appeal stated that “a tribunal’s work should not be prohibited unless its lack of jurisdiction is ‘clear and beyond doubt’” (para. 22). Applying that test, the Court of Appeal concluded that the board’s lack of jurisdiction was not “clear and beyond doubt” and that the chambers judge should not have prohibited it from conducting its inquiry (para. 34).

[33] I accept *Bell* (1971) to the extent that it stands for the proposition that referral decisions such as the one at issue in this case are subject to judicial review. However, I consider that, beyond that, *Bell* (1971) should no longer be relied on. Subsequent developments in Canadian administrative law have undermined the validity of this precedent to the point that there are compelling reasons for no longer following it: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 849-50 and 855-58; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353.

[34] There are two aspects of *Bell* (1971) to be considered. One is its holding that whether the premises were “self-contained” was a preliminary jurisdictional question on which the courts owed no deference to the views of the tribunal and with respect to which there was no point in waiting for the tribunal’s decision. Martland J. noted that whether the dwelling was self-contained concerned “an issue of law respecting the scope of the operation of the Act, and on the answer to that question depends the authority of the board to inquire into the complaint of discrimination at all . . . and a wrong decision on

sur [TRADUCTION] « la compétence de la Commission » — avant, donc, qu’il n’y ait de décision quant à savoir si les plaintes tombent sous le coup de la Loi (par. 48). Il estime qu’il n’y aurait aucun avantage à disposer « de données factuelles complètes ou plus détaillées . . . pour statuer sur la demande et trancher les questions » soulevées par les défendeurs (par. 48). Pour sa part, la Cour d’appel fait observer qu’une cour de justice doit faire preuve de modération lorsqu’il s’agit de [TRADUCTION] « couper l’herbe sous le pied » d’un tribunal administratif (par. 18). Après avoir cité des décisions qui mettent en garde contre l’interprétation trop large de l’arrêt *Bell* (1971) et qui jettent même le doute sur sa valeur de précédent, la Cour d’appel déclare qu’« on ne saurait interdire à un tribunal administratif de mener ses travaux que si son défaut de compétence est “clair et indubitable” » (par. 22). Suivant ce critère, elle conclut que le défaut de compétence de la commission d’enquête n’est pas « clair et indubitable » et que le juge en cabinet n’aurait pas dû lui interdire d’examiner la plainte (par. 34).

[33] Je reconnais la valeur de précédent à l’arrêt *Bell* (1971) en ce que la Cour y affirme que la décision de renvoyer une plainte, comme celle visée en l’espèce, est susceptible de contrôle judiciaire. J’estime toutefois qu’il n’y a par ailleurs plus lieu de le suivre. L’évolution du droit administratif canadien a affaibli sa valeur de précédent au point où il existe de sérieux motifs de l’écarter : voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 849-850 et 855-858; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353.

[34] Deux éléments de l’arrêt *Bell* (1971) valent d’être pris en compte. Premièrement, la Cour y conclut que la question de savoir si le logement en cause était « indépendant » constituait une question préliminaire de compétence qui ne commandait aucune déférence judiciaire et qu’il n’y avait pas lieu d’attendre que le tribunal administratif se prononce d’abord. Le juge Martland fait observer que ce point soulevait « une question de droit relativement au champ d’application de la Loi [et que] de la réponse à cette question dépend toute l’autorité du comité d’enquêter sur la plainte déclarant

it would not enable the board to proceed further” (p. 775 (emphasis added)). However, under the contemporary Canadian law of judicial review, the question of whether a residence is “self-contained” would not be so quickly labelled as a jurisdictional question on which the courts are entitled to substitute their opinion for that of the board of inquiry: see *Zündel* (1999), at paras. 44-45; and, more generally, *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233; *Dunsmuir*, at para. 59; and *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18. Moreover, the whole notion of “preliminary questions”, which permeates the reasoning in *Bell* (1971), has long since been abandoned: see, e.g., *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at pp. 1083-90; *Dunsmuir*, at paras. 35-36 and 59; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paras. 39-45; D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 3:4400; and D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at pp. 57-58 and 61-65. Even more fundamentally, contemporary courts would not so quickly accept that the question of whether a property is “self-contained” could be answered by the abstract interpretive exercise undertaken in *Bell* (1971), conducted without regard to the provision’s context within a specialized, quasi-constitutional human rights regime: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 546-47; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, at para. 33; and Mullan (2001), at p. 58.

[35] The second aspect of *Bell* (1971) is its approach to judicial intervention on grounds which have not been considered by the tribunal or before an administrative process has run its course. Since *Bell* (1971), courts, while recognizing that they

qu’il y a eu de la discrimination [et qu’]une décision erronée sur ce point ne permettrait pas [au comité] de poursuivre l’enquête » (p. 775 (je souligne)). Toutefois, suivant les règles actuelles du droit canadien en matière de contrôle judiciaire, la question de savoir si un logement est « indépendant » ne serait pas aussi spontanément qualifiée de question de compétence sur laquelle une cour de justice pourrait substituer son opinion à celle d’un organisme d’enquête : voir *Zündel* (1999), par. 44-45, et de façon plus générale, les arrêts *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 233; *Dunsmuir*, par. 59, et *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18. Par ailleurs, la notion même de « questions préliminaires », qui imprègne le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *Bell* (1971), a depuis longtemps été abandonnée : voir, p. ex., les arrêts *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1083-1090; *Dunsmuir*, par. 35-36 et 59; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, par. 39-45, ainsi que D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec le concours de C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 3:4400, et D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 57-58 et 61-65. Mais plus fondamentalement encore, de nos jours, une cour de justice ne serait pas aussi encline à convenir que l’on peut déterminer si un logement est « indépendant » en recourant, comme la Cour dans *Bell* (1971), à une interprétation abstraite, sans égard au contexte de la disposition en cause au sein d’un régime de droits de la personne à la fois spécialisé et quasi constitutionnel : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 546-547; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, par. 33; Mullan (2001), p. 58.

[35] Le second élément à retenir de l’arrêt *Bell* (1971) est l’approche préconisée à l’égard d’une intervention judiciaire avant l’achèvement du processus administratif ou pour un motif que n’a pas examiné le tribunal administratif. À partir de cet

have a discretion to intervene, have shown restraint in doing so: see, e.g., the authorities reviewed in *C.B. Powell*, at paras. 30-33; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at p. 235; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, at paras. 60 and 72; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 51; *Violette v. New Brunswick Dental Society*, 2004 NBCA 1, 267 N.B.R. (2d) 205, at para. 14; and *Air Canada v. Lorenz*, [2000] 1 F.C. 494 (T.D.), at paras. 13-15.

[36] While such intervention may sometimes be appropriate, there are sound practical and theoretical reasons for restraint: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at §540; P. Lemieux, *Droit administratif: Doctrine et jurisprudence* (5th ed. 2011), at pp. 371-72. Early judicial intervention risks depriving the reviewing court of a full record bearing on the issue; allows for judicial imposition of a “correctness” standard with respect to legal questions that, had they been decided by the tribunal, might be entitled to deference; encourages an inefficient multiplicity of proceedings in tribunals and courts; and may compromise carefully crafted, comprehensive legislative regimes: see, e.g., *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 170 N.R. 58 (F.C.A.), at paras. 3-4; *Zündel* (1999), at para. 45; *Psychologist Y v. Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273, at paras. 23-25; *Potter v. Nova Scotia Securities Commission*, 2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1, at paras. 16 and 36-37; *Vancouver (City) v. British Columbia (Assessment Appeal Board)* (1996), 135 D.L.R. (4th) 48 (B.C.C.A.), at paras. 26-27; *Mondesir v. Manitoba Assn. of Optometrists* (1998), 163 D.L.R. (4th) 703 (Man. C.A.), at paras. 34-36; *U.F.C.W., Local 1400 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397, at paras. 20-23; Mullan (2001), at p. 58; Brown and Evans, at paras. 1:2240, 3:4100 and 3:4400. Thus, reviewing courts now show more restraint in short-circuiting the decision-making role of the tribunal,

arrêt, même si elles se reconnaissent un pouvoir discrétionnaire d'intervention, les cours de justice l'ont exercé avec retenue (voir, p. ex., la jurisprudence examinée dans l'arrêt *C.B. Powell*, par. 30-33; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, p. 235; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, par. 60 et 72; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 51; *Violette c. New Brunswick Dental Society*, 2004 NBCA 1, 267 R.N.-B. (2^e) 205, par. 14; *Air Canada c. Lorenz*, [2000] 1 C.F. 494 (1^{re} inst.), par. 13-15.

[36] Même si une telle intervention peut parfois être indiquée, la retenue se justifie sur les plans pratique et théorique : D. J. Mullan, *Administrative Law* (3^e éd. 1996), §540; P. Lemieux, *Droit administratif : Doctrine et jurisprudence* (5^e éd. 2011), p. 371-372. Une intervention judiciaire hâtive risque de priver le tribunal de révision d'un dossier complet sur la question en litige, elle ouvre la porte à l'assujettissement à la norme de la « décision correcte » de questions de droit qui, si elles avaient été tranchées par le tribunal administratif, auraient pu commander la déférence judiciaire, elle nuit à l'efficacité des recours par la multiplication des procédures administratives et judiciaires et elle risque de compromettre un régime législatif complet que le législateur a soigneusement conçu : voir, p. ex., *Szczecka c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 170 N.R. 58 (C.A.F.), par. 3-4; *Zündel* (1999), par. 45; *Psychologist Y c. Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273, par. 23-25; *Potter c. Nova Scotia Securities Commission*, 2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1, par. 16 et 36-37; *Vancouver (City) c. British Columbia (Assessment Appeal Board)* (1996), 135 D.L.R. (4th) 48 (C.A.C.-B.), par. 26-27; *Mondesir c. Manitoba Assn. of Optometrists* (1998), 163 D.L.R. (4th) 703 (C.A. Man.), par. 34-36; *U.F.C.W., Local 1400 c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397, par. 20-23; Mullan (2001), p. 58; Brown et Evans, par. 1:2240, 3:4100 et 3:4400. Les tribunaux de révision manifestent donc de nos jours une retenue accrue

particularly when asked to review a preliminary screening decision such as that at issue in *Bell* (1971).

[37] Moreover, contemporary administrative law accords more value to the considered opinion of the tribunal on legal questions, whether the tribunal's ruling is ultimately reviewable in the courts for correctness or reasonableness: *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 89; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 25; *C.B. Powell*, at para. 32; and *Brown and Evans*, at para. 3:4400.

[38] For these reasons, *Bell* (1971) should no longer be followed in relation to its approach to preliminary jurisdictional questions or when judicial intervention is justified in an ongoing administrative process.

[39] How, then, should the chambers judge have approached Halifax's application for prohibition?

[40] First, he ought to have applied the standard of reasonableness to the Commission's decision to refer the complaint to a board of inquiry. He should not have asked whether the Commission had correctly determined that the complaint was within the purview of the Act, but whether the Commission had reasonably concluded that, having regard to all the circumstances, an inquiry was warranted.

[41] Second, the chambers judge should have exercised restraint in intervening to prohibit a determination by the board of inquiry as to whether the complaints fell within the purview of the Act. With the benefit of hindsight, we can see that the risks of this course of action resulting in an inefficient multiplicity of proceedings and delay materialized

lorsqu'il s'agit de court-circuiter le rôle décisionnel du tribunal administratif, spécialement lorsqu'on leur demande de réviser une décision rendue à l'issue d'un examen préalable comme celle en cause dans l'affaire *Bell* (1971).

[37] Qui plus est, le droit administratif contemporain reconnaît une valeur accrue à l'opinion réfléchie d'un tribunal administratif sur une question de droit, et ce, que la décision de ce dernier soit ultimement susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable : *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 89; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 25; *C.B. Powell*, par. 32; *Brown et Evans*, par. 3:4400.

[38] C'est pourquoi l'arrêt *Bell* (1971) ne devrait plus être suivi pour ce qui est du sort réservé aux questions préliminaires de compétence et des conditions auxquelles une cour de justice est admise à intervenir dans un processus administratif en cours.

[39] Quelle aurait donc dû être la démarche du juge en cabinet vis-à-vis de la demande d'ordonnance d'interdiction présentée par Halifax?

[40] En premier lieu, il aurait dû appliquer la norme de la décision raisonnable au renvoi de la plainte à une commission d'enquête, et non se demander si la Commission avait correctement conclu que la plainte tombait sous le coup de la Loi. Il aurait plutôt fallu qu'il détermine si la Commission avait raisonnablement conclu, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que la tenue d'une enquête était justifiée.

[41] En second lieu, appelé à interdire à la commission d'enquête de décider si les plaintes tombaient sous le coup de la Loi, le juge en cabinet aurait dû faire preuve de retenue. Avec le recul, force est de constater que les risques inhérents à la démarche adoptée en l'espèce, à savoir la prolongation induite de l'instance et la multiplication

here — and in a dramatic fashion. Nearly nine years and three levels of court proceedings after Mr. Comeau filed his complaints, this proceeding has only reached the end of the beginning. Only now can the board of inquiry appointed in November 2006 finally begin to address the substance of Mr. Comeau's complaints and the objections by Halifax and the province to them.

(3) Applying the Standard of Review to the Commission's Screening Decision

[42] As we have seen, there are two aspects of the jurisprudence about judicial review of screening decisions sought in the midst of an ongoing administrative tribunal process. The first relates to the applicable standard of review and is concerned mainly with the outcome of the decision-making process. The standard of review ensures that the reviewing court gives due deference to the administrative decision maker. The second relates to the risks of premature intervention. The focus here is mainly on the process and the concern for efficiency, the minimization of costs and the preservation of the administrative scheme's integrity. Of course, this second aspect also resembles the first in its desire that courts should enjoy the benefit of considered administrative decisions, and should pay deference to those decisions where appropriate.

[43] While these two aspects are well entrenched in the jurisprudence, it is artificial to separate the analysis in this way in the context of judicial review of a preliminary screening decision such as the one in issue here. Where, as here, reasonableness is the applicable standard of review, a more straightforward approach is to bring these two aspects together in the application of the standard of review. The reviewing court's approach must reflect the appropriate level of judicial deference both to the substance of the administrative tribunal's decision and to its ongoing process.

inutile des procédures, se sont matérialisés, et pas qu'un peu. En effet, alors que près de neuf années se sont écoulées depuis le dépôt des plaintes par M. Comeau et que trois juridictions de degrés différents se sont penchées sur la question, le dénouement de l'affaire n'est toujours pas en vue. Ce n'est qu'aujourd'hui que la commission d'enquête nommée en novembre 2006 pourra enfin commencer à examiner sur le fond les plaintes de M. Comeau et les objections formulées par Halifax et par la province.

(3) Application de la norme de contrôle à la décision préalable de la Commission

[42] Nous avons vu qu'il y a deux aspects à la jurisprudence relative au contrôle judiciaire d'une décision rendue à l'issue d'un examen préalable lorsque ce contrôle est demandé pendant le déroulement d'une procédure devant un tribunal administratif. Le premier concerne la norme de contrôle applicable et s'intéresse surtout à l'issue du processus décisionnel. La norme de contrôle garantit que le tribunal de révision fait preuve de la déférence voulue envers le décideur administratif. Le second a trait aux risques que présente l'intervention judiciaire prématurée. Il s'attache surtout au processus, et un souci d'efficacité, de diminution des coûts et d'intégrité du régime administratif le sous-tend. Évidemment, ce second aspect s'apparente au premier en ce qu'il formule le vœu que les cours de justice bénéficient de décisions administratives réfléchies et défèrent, s'il y a lieu, à ces décisions.

[43] Ces deux aspects sont bien enracinés dans la jurisprudence, mais il est artificiel de scinder l'analyse ainsi lorsqu'il s'agit de contrôler la décision préliminaire rendue à l'issue d'un examen préalable, telle la décision considérée en l'espèce. Lorsque, comme dans la présente affaire, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, la fusion des deux aspects simplifie son application. Le tribunal de révision doit, dans sa démarche, manifester le degré de déférence voulu envers le tribunal administratif tant à l'égard de la décision au fond que de la procédure en cours.

[44] Reasonableness as a standard of review reflects the appropriate deference to the administrative decision maker. It recognizes that certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to a single result; administrative decision makers have “a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions”: *Dunsmuir*, at para. 47 (emphasis added). Reasonableness is a concept that must be applied in the particular context under review. The range of acceptable and rational solutions depends on the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paras. 17-18 and 23. As was said in *Khosa*, reasonableness is a single concept that “takes its colour” from the particular context (para. 59). In this case, both the nature of the Commission’s role in deciding to move to a board of inquiry and the place of that decision in the Commission’s process are important aspects of that context and must be taken into account in applying the reasonableness standard.

[45] In my view, the reviewing court should ask whether there was any reasonable basis on the law or the evidence for the Commission’s decision to refer the complaint to a board of inquiry. This formulation seems to me to bring together the two aspects of the jurisprudence to ensure that both the decision and the process are treated with appropriate judicial deference.

[46] There is precedent for taking this approach. Particularly helpful is the decision of Evans J. (as he then was) in *Zündel* (1999). While this is a pre-*Dunsmuir* decision, the approach is completely consistent with that set out by the Court in that case. *Zündel* (1999) concerned an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission’s decision to request the appointment of a Human Rights Tribunal to inquire into certain complaints made to the Commission. While the legislative scheme in issue in *Zündel* (1999) was not identical to that in the Nova Scotia Act, the power of the Canadian Human Rights Commission to request the appointment of a Tribunal is conferred

[44] La norme de contrôle de la décision raisonnable traduit la déférence qui s’impose envers le décideur administratif. Elle reconnaît que certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise et qu’« [i] est loisible au [décideur] administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » : *Dunsmuir*, par. 47 (je souligne). Le caractère raisonnable s’apprécie en fonction du contexte particulier considéré. Les différentes solutions rationnelles acceptables varient selon le contexte du type particulier de décision et de tous les facteurs pertinents (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 17-18 et 23). Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Khosa*, la raisonnable constitue une notion unique qui « s’adapte » au contexte particulier (par. 59). En l’espèce, tant la nature de la fonction exercée par la Commission en décidant de nommer une commission d’enquête que le stade auquel intervient cette décision dans la procédure administrative constituent des éléments contextuels importants dont il faut tenir compte pour appliquer la norme de la décision raisonnable.

[45] À mon avis, le tribunal de révision doit se demander si la loi ou la preuve offrait un fondement raisonnable à la décision de la Commission de renvoyer la plainte à une commission d’enquête. Cette démarche me paraît concilier les deux aspects de la jurisprudence de sorte que la décision et le processus fassent l’objet de la déférence judiciaire voulue.

[46] Il existe des précédents à l’appui de cette approche. Dans l’affaire *Zündel* (1999), la décision est particulièrement instructive et la démarche s’accorde tout à fait avec celle établie postérieurement par notre Cour dans l’arrêt *Dunsmuir*. Le juge Evans (plus tard juge à la Cour d’appel fédérale) était saisi d’une demande de contrôle judiciaire visant la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de demander la désignation d’un tribunal des droits de la personne pour enquêter sur certaines plaintes. Même si le régime législatif en cause dans cette affaire différait de celui considéré en l’espèce, le pouvoir de la Commission canadienne des droits de la personne

in words virtually identical to those in the Nova Scotia *Boards of Inquiry Regulations*. The federal Commission, at any stage after the filing of a complaint, “may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry into the complaint if the Commission is satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry is warranted” (s. 49(1) of the *Canadian Human Rights Act*, as amended by S.C. 1998, c. 9, s. 27). Evans J. held that he should only intervene to prohibit continuation of the inquiry if satisfied that “there [was] no rational basis in law or on the evidence to support the Commission’s decision that an inquiry by a Tribunal is warranted in all the circumstances of the complaints” (para. 49).

[47] While I would use the word “reasonable” rather than “rational”, I do not think there is any difference in substance between the two formulations. As the Court said in *Dunsmuir*, a result reached by an administrative tribunal is reasonable where it can be “rationally supported” (para. 41).

[48] In my view, this formulation is an appropriate way to reflect, in the context of the Nova Scotia statutory scheme, both the appropriate standard of review and the judicial reluctance to intervene in relation to the Commission’s decision to refer a complaint to a board of inquiry. I reach this conclusion for several reasons.

[49] First, this threshold for judicial intervention is firmly tied to the reasonableness standard of judicial review. In the context of the broad discretion given to the Commission to refer a complaint for inquiry, reasonableness review must focus primarily on whether there is any basis in reason for such an inquiry. The test of any reasonable basis on the law or the evidence seems to me to appropriately reflect this requirement.

[50] Second, this formulation, in my view, is well adapted to the particular role which the legislation gives to the Commission, a role which has been

de demander la désignation d’un tribunal était conféré par un libellé presque identique à celui du *Boards of Inquiry Regulations* de la Nouvelle-Écosse. La commission fédérale pouvait, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, « demander au président du Tribunal de désigner un membre pour instruire la plainte, si elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l’instruction est justifiée » (par. 49(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27). Le juge Evans a estimé qu’il ne pouvait faire cesser l’instruction que s’il était convaincu « que la Commission ne pouvait s’appuyer sur aucun motif rationnel en droit, ni sur aucune preuve pour décider qu’une instruction par un Tribunal est justifiée compte tenu de toutes les circonstances » (par. 49).

[47] Même si je préfère le terme « raisonnable » à celui de « rationnel », je ne crois pas qu’il existe une différence véritable entre les deux. Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Dunsmuir*, la décision du tribunal administratif est raisonnable dès lors qu’elle a « un fondement rationnel » (par. 41).

[48] À mon avis, cette formulation du critère applicable tient dûment compte, dans le contexte du régime législatif néo-écossais, à la fois de la norme de contrôle qui convient et de la réticence judiciaire à réformer la décision de la Commission de renvoyer une plainte à une commission d’enquête. J’arrive à cette conclusion pour plusieurs raisons.

[49] Premièrement, cette condition minimale de l’intervention judiciaire est bien arrimée à la norme de la décision raisonnable. Vu le grand pouvoir discrétionnaire de la Commission de renvoyer une plainte à une commission d’enquête, le contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable doit essentiellement s’attacher à la question de savoir si quelque élément fondé sur la raison justifiait la tenue d’une enquête. Le critère voulant que la loi ou la preuve doive offrir un fondement raisonnable paraît bien satisfaire à cette exigence.

[50] Deuxièmement, le critère que je formule convient bien, selon moi, aux fonctions particulières « d’administration et d’examen préalable »

described by this Court as “an administrative and screening” role (*Cooper*, at p. 893). While no doubt the Commission, in deciding to refer for inquiry, has some quite limited role to screen the merits of the complaint, its task is not to decide the issues which underlie its decision to proceed to the next stage; these are left to the board of inquiry (*Zündel* (2000), at para. 4). By not focussing solely on the merits of the complaint, the formulation I propose recognizes that the Commission might decide to appoint a board of inquiry in order to allow the board, after a full hearing, to decide a jurisdictional or other important legal point. This would provide a reasonable basis for the Commission’s decision.

[51] Third, this formulation reflects the appropriate deference to the Commission’s process. Just as reasonableness requires appropriate deference to a tribunal’s decision, it also implies appropriate deference to its processes of decision-making. The proposed formulation makes it clear that reviewing courts should be reluctant to intervene before a board of inquiry has addressed the substance of the points with respect to which the application for judicial review is brought. A reviewing court should take into account the benefit of having the board’s considered view of the point raised on review as well as the risks of an unnecessary multiplication of issues and delay as was caused by premature judicial intervention in this case. Only where there is no reasonable basis in law or on the evidence to support the Commission’s decision that an inquiry by a board of inquiry is warranted in all the circumstances would it be appropriate to overcome judicial reluctance to intervene.

[52] Finally, this approach is consistent not only with case law on judicial review of decisions to refer complaints for adjudication, but also with the modern law concerning the discretion in relation to intervening by way of judicial review in ongoing administrative proceedings. As to the former, I refer for example not only to *Zündel* (1999), but also

que la loi attribue à la Commission (*Cooper*, p. 893). Certes, la Commission soupèse quelque peu la plainte pour décider si les allégations justifient la tenue d’une enquête, mais il ne lui appartient pas de statuer sur les points qui sous-tendent sa décision de passer à l’étape suivante; cette tâche incombe à la commission nommée (*Zündel* (2000), par. 4). Comme il ne s’attache pas uniquement au bien-fondé de la plainte, le critère que je formule reconnaît à la Commission la faculté de décider de nommer une commission d’enquête afin que cette dernière puisse, au terme d’une audition complète, trancher toute question de droit importante, y compris une question de compétence. Dès lors, la décision de la Commission en l’espèce aurait un fondement raisonnable.

[51] Troisièmement, le critère préconisé traduit la déférence dont il convient de faire preuve envers la procédure de la Commission. La norme de la décision raisonnable commande une juste déférence envers non seulement la décision d’un tribunal administratif, mais également son processus décisionnel. Il découle clairement du critère que le tribunal de révision doit hésiter à intervenir avant que la commission d’enquête n’ait examiné au fond les points qui sous-tendent la demande de contrôle judiciaire. Aussi, le tribunal de révision doit tenir compte de l’avantage qu’il y aurait à disposer de l’opinion réfléchie de la commission d’enquête et demeurer consciente du risque que l’affaire se prolonge indûment et que les questions à débattre se multiplient inutilement comme en l’espèce à cause d’une intervention judiciaire prématurée. Le tribunal de révision ne devrait surmonter sa réticence à intervenir que lorsque la loi ou la preuve n’offre aucun fondement raisonnable à la décision de la Commission selon laquelle, compte tenu de l’ensemble des circonstances, il est justifié de nommer une commission d’enquête.

[52] Enfin, cette approche se concilie non seulement avec la jurisprudence relative au contrôle judiciaire de la décision de renvoyer une plainte à un organisme décisionnel, mais aussi avec l’état du droit actuel en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire d’intervenir par voie de contrôle judiciaire dans une procédure administrative en cours.

to other cases in the federal courts in relation to the similarly worded powers of the Canadian Human Rights Commission to request referral of complaints to the Human Rights Tribunal: see, e.g., *Bell* (1999); and *Canada (National Research Council) v. Zhou*, 2009 FC 164 (CanLII). As to the latter, I refer to decisions such as *Lorenz, Psychologist Y, C.B. Powell*, and the other cases and texts to which I referred earlier in my reasons on this point.

[53] I conclude that in reviewing the Commission's decision to request appointment of a board of inquiry to inquire into these complaints, the reviewing court should ask itself whether there is any reasonable basis in law or on the evidence to support that decision.

B. Did the Commission Make a Reviewable Error?

[54] I agree with the Court of Appeal that the Commission's referral decision should not be disturbed. While Mr. Comeau's complaint faces some challenging legal hurdles, my view is that there was a reasonable basis, provided primarily by the novelty and complexity of the complaints, for the Commission to be satisfied that an inquiry was warranted in all of the circumstances. It is not our role to opine on the merits or otherwise of the complaint, but I will briefly explain why I think that the Commission's referral decision meets this standard.

[55] Mr. Comeau alleged that Halifax had "treated, and continue[d] to treat, [him] and [his] children differentially on account of [their] ethnic origin (Acadian) by levying the supplementary tax . . . and by not providing any of the funds generated by the supplementary tax to the [Conseil]" (A.R., at p. 119). Mr. Comeau contended that this differential treatment violated ss. 5(1)(a) and (q) of

Pour le premier élément, je pense notamment au jugement *Ziindel* (1999), mais aussi à d'autres décisions des cours fédérales portant sur le pouvoir conféré à la Commission canadienne des droits de la personne, par un libellé semblable, de renvoyer une plainte à un tribunal des droits de la personne : voir, p. ex., *Bell* (1999); *Conseil national de recherches du Canada c. Zhou*, 2009 CF 164 (CanLII). Pour ce qui est du second élément, je me réfère entre autres aux arrêts *Lorenz, Psychologist Y et C.B. Powell*, ainsi qu'aux autres décisions et aux ouvrages dont je fais précédemment mention sur ce point.

[53] Je conclus que le tribunal de révision qui contrôle la décision de la Commission de demander la nomination d'une commission chargée d'enquêter sur une plainte doit se demander si la loi ou la preuve offre un fondement raisonnable à cette décision.

B. La Commission a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire?

[54] Je conviens avec la Cour d'appel qu'il n'y a pas lieu d'intervenir relativement à la décision de la Commission de renvoyer la plainte à une commission d'enquête. Le recours de M. Comeau devra encore franchir d'importants obstacles juridiques, mais j'estime, étant donné surtout la nouveauté et la complexité des plaintes, que la Commission pouvait raisonnablement se dire convaincue, au vu de l'ensemble des circonstances, que la tenue d'une enquête était justifiée. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur la plainte, en particulier sur son bien-fondé. Cependant, je juge néanmoins opportun d'expliquer brièvement en quoi le renvoi de la plainte par la Commission satisfait selon moi à ce critère.

[55] M. Comeau a allégué que Halifax [TRADUCTION] « [les] a[va]it traités et continu[ait] de [les] traiter différemment, [ses] enfants et [lui], du fait de [leur] origine ethnique (acadienne), en les assujettissant à une taxe supplémentaire . . . sans verser au [Conseil] une partie des fonds ainsi prélevés » (d.a., p. 119). Il a soutenu que cette différence de traitement allait à l'encontre des al. 5(1)a) et q) de

the Act. (He also contended that it violated his s. 15 *Charter* rights, but the Commission has made clear that it does not intend to pursue this aspect of his claim.)

[56] In this appeal, Halifax presents a number of arguments as to why the Commission erred in deciding to refer Mr. Comeau's complaint to a board of inquiry. It argues that the funding regime was not arbitrary or discriminatory; that at the relevant time Nova Scotia municipal bodies lacked the statutory authority to provide supplementary funding to the Conseil; that the amendments to the *MGA* have rendered Mr. Comeau's complaint moot or *res judicata*; that language is not a protected characteristic under the Act because it does not fall under s. 5(1)(q)'s reference to ethnic origin; and that s. 6(a) of the Act, which shields "the provision of or access to services or facilities [and] the conferring of a benefit on or the providing of a protection to youth or senior citizens" from scrutiny under the Act, exempts school funding from the Act's purview.

[57] The Commission's investigator addressed many of these points in his reports. He was of the view that the funding situation might have constituted differential treatment on the basis of ethnic origin, and that this differential treatment might have prevented Conseil schools from providing some services. On the basis of a legal opinion drafted by Halifax's municipal solicitor, the investigator also thought that Halifax might have had the legal authority to correct the situation by providing supplementary funding to Conseil schools (A.R., at pp. 130, 134 and 136). He considered that a possible remedy could be requiring Halifax to provide such funding, perhaps retroactively (A.R., at p. 133). (It is worth noting in this regard that Mr. Comeau's complaint covers a period that begins before the period covered by the retroactive amendments to the *MGA*.) Moreover, the investigator was of the view that the intent of s. 6(a) was to protect programs for youth and seniors from complaints of age discrimination; the provision, interpreted in this

la Loi. (Il a ajouté qu'elle violait les droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*, mais la Commission a bien précisé qu'elle n'entendait pas présenter ce volet de la plainte à la commission d'enquête.)

[56] Dans le présent pourvoi, Halifax fait valoir un certain nombre de raisons pour lesquelles la Commission aurait eu tort de renvoyer la plainte de M. Comeau à une commission d'enquête. Elle soutient que le régime de financement n'était ni arbitraire ni discriminatoire, qu'au moment considéré les conseils municipaux de la Nouvelle-Écosse n'avaient pas le pouvoir légal de verser des fonds supplémentaires au Conseil, que les modifications apportées à la *MGA* ont fait en sorte que la plainte de M. Comeau devienne théorique ou qu'il y ait chose jugée, que la langue n'est pas une caractéristique protégée par la Loi en ce qu'elle ne participe pas de l'« origine ethnique » visée à l'al. 5(1)q) et que l'al. 6a) de la Loi, qui écarte tout examen fondé sur la Loi [TRADUCTION] « en matière de prestation de services, de fourniture d'installations ou d'accès à ces services et installations, lorsqu'il s'agit d'accorder un avantage ou une protection à des jeunes ou à des personnes âgées », soustrait le financement des écoles à l'application de la Loi.

[57] L'enquêteur de la Commission aborde bon nombre de ces points dans ses rapports. Il se dit d'avis que les modalités de financement pourraient équivaloir à une différence de traitement fondée sur l'origine ethnique et que cette différence de traitement pourrait empêcher les écoles régies par le Conseil d'offrir certains services. Sur la foi de l'avis juridique du procureur de la municipalité, l'enquêteur estime également que Halifax pourrait avoir le pouvoir légal de corriger la situation en versant des fonds supplémentaires aux écoles du Conseil (d.a., p. 130, 134 et 136). Il affirme qu'une réparation possible pourrait consister à obliger Halifax à verser les fonds en question, peut-être avec effet rétroactif (d.a., p. 133). (Il vaut la peine de signaler à ce propos que la période visée par la plainte de M. Comeau débute avant celle à laquelle s'appliquent les modifications rétroactives apportées à la *MGA*.) De plus, l'enquêteur opine que l'al. 6a) a pour objet de protéger les programmes destinés aux jeunes et aux personnes âgées contre

way, would not shield programs that benefit some young people and not others in a discriminatory way (A.R., at p. 133).

[58] With respect, Halifax's submissions on Mr. Comeau's complaint, whatever their ultimate validity, are largely beside the point in a judicial review of a referral decision such as the one before the Court in this appeal. It is not this Court's role to assess the complaint. This Court's role is limited to assessing the Commission's decision to refer the complaint to a board of inquiry. In making its referral decision, the Commission had the investigator's reports before it. Without expressing any opinion on the merits of Mr. Comeau's complaint, I am of the view that these reports, along with the surrounding circumstances, provided a reasonable basis for the Commission to refer Mr. Comeau's novel and complex complaints to a board of inquiry which, of course, would be entitled, among other things, to enter into a detailed consideration of the merits of Halifax's objections.

[59] I conclude that, whatever the ultimate merit of Mr. Comeau's novel and complex complaints might be, the Commission had a reasonable basis for concluding that an inquiry before a board of inquiry was warranted in all of the circumstances.

IV. Disposition

[60] I would dismiss the appeal, with costs to both the Commission and Mr. Comeau.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Halifax Regional Municipality, Halifax.

Solicitors for the respondent the Nova Scotia Human Rights Commission: Merrick Jamieson Sterns Washington & Mahody, Halifax.

Solicitor for the respondent Lucien Comeau: Université de Moncton, Moncton.

les allégations de discrimination fondée sur l'âge. Dans cette optique, l'alinéa ne protégerait pas les programmes dont seuls certains jeunes bénéficient pour des motifs discriminatoires (d.a., p. 133).

[58] À mon humble avis, même si elles se révélaient valables au final, les prétentions de Halifax concernant la plainte de M. Comeau sont en grande partie dénuées de pertinence dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision comme celle qui est contestée en l'espèce. Il n'appartient pas à notre Cour d'apprécier la plainte. Son rôle se borne à évaluer la décision de la Commission de renvoyer la plainte à une commission d'enquête, décision pour laquelle la Commission disposait des rapports de l'enquêteur. Sans exprimer quelque opinion que ce soit sur le bien-fondé de la plainte de M. Comeau, j'estime que ces rapports et les circonstances de l'espèce offraient un fondement raisonnable à la décision de la Commission de renvoyer les allégations à la fois complexes et nouvelles formulées par M. Comeau à une commission d'enquête qui serait évidemment admise, entre autres, à examiner en détail l'assise des objections de Halifax.

[59] Quel que soit le sort réservé ultimement aux allégations nouvelles et complexes de M. Comeau, je conclus qu'il y avait un fondement raisonnable à la conclusion de la Commission suivant laquelle, compte tenu de l'ensemble des circonstances, la tenue d'une enquête par une commission d'enquête était justifiée.

IV. Dispositif

[60] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'adjudger les dépens à la Commission et à M. Comeau.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Halifax Regional Municipality, Halifax.

Procureurs de l'intimée Nova Scotia Human Rights Commission : Merrick Jamieson Sterns Washington & Mahody, Halifax.

Procureur de l'intimé Lucien Comeau : Université de Moncton, Moncton.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Hans Jason Eastgaard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. EASTGAARD

2012 SCC 11

File No.: 34337.

2012: March 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Firearms — Possession of prohibited or restricted firearm with ammunition — Elements of offence — Mens rea — Trial judge inferring from circumstances of case that accused had knowledge that firearm was loaded — Conviction based on inference drawn from circumstantial evidence not unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Ritter and Bielby JJ.A. and Phillips J. (*ad hoc*)), 2011 ABCA 152, 50 Alta. L.R. (5th) 196, 510 A.R. 117, 276 C.C.C. (3d) 432, 527 W.A.C. 117, [2011] A.J. No. 591 (QL), 2011 CarswellAlta 886, affirming a conviction entered by Hawco J., 2009 CarswellAlta 2348. Appeal dismissed.

Jennifer Ruttan and Michael Bates, for the appellant.

Goran Tomljanovic, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Despite the very complete and able argument of counsel for the appellant, we agree with the majority of the Court of Appeal that the verdict was not unreasonable. The appeal accordingly is dismissed.

Hans Jason Eastgaard *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. EASTGAARD

2012 CSC 11

N° du greffe : 34337.

2012 : 19 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell et Moldaver.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte avec des munitions — Éléments de l'infraction — Mens rea — Le juge du procès a inféré des circonstances de l'espèce que l'accusé savait que l'arme à feu était chargée — La déclaration de culpabilité basée sur la preuve circonstancielle n'était pas déraisonnable — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Ritter, Bielby et Phillips (*ad hoc*)), 2011 ABCA 152, 50 Alta. L.R. (5th) 196, 510 A.R. 117, 276 C.C.C. (3d) 432, 527 W.A.C. 117, [2011] A.J. No. 591 (QL), 2011 CarswellAlta 886, qui a confirmé la déclaration de culpabilité inscrite par le juge Hawco, 2009 CarswellAlta 2348. Pourvoi rejeté.

Jennifer Ruttan et Michael Bates, pour l'appellant.

Goran Tomljanovic, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Malgré l'argumentation très compétente et très complète de l'avocate de l'appelant, nous souscrivons à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle le verdict n'était pas déraisonnable. Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Ruttan Bates,
Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General
of Alberta, Calgary.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelant: Ruttan Bates,
Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Procureur général de
l'Alberta, Calgary.*

Gilles Doré *Appellant*

v.

**Pierre Bernard, in his capacity as Assistant
Syndic of the Barreau du Québec, Tribunal
des professions and Attorney General of
Quebec** *Respondents*

and

**Federation of Law Societies of Canada,
Canadian Civil Liberties Association
and Young Bar Association of
Montreal** *Interveners*

INDEXED AS: DORÉ v. BARREAU DU QUÉBEC

2012 SCC 12

File No.: 33594.

2011: January 26; 2012: March 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish,
Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Disciplinary council — Lawyer challenging constitutionality of council's decision — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether framework developed in R. v. Oakes appropriate to determine if discretionary administrative decisions comply with Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Law of professions — Discipline — Barristers and solicitors — Lawyer writing private letter to judge and criticizing him — Disciplinary council finding lawyer in breach of duty to behave with objectivity, moderation and dignity and reprimanding him — Whether council properly balanced relevant Charter values with statutory objectives — Whether decision reasonable — Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.03.

Gilles Doré *Appelant*

c.

**Pierre Bernard, ès qualités de syndic
adjoint du Barreau du Québec, Tribunal
des professions et procureur général du
Québec** *Intimés*

et

**Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada, Association canadienne
des libertés civiles et Association du Jeune
Barreau de Montréal** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : DORÉ c. BARREAU DU QUÉBEC

2012 CSC 12

N^o du greffe : 33594.

2011 : 26 janvier; 2012 : 22 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Binnie, LeBel, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Comité de discipline — Contestation par un avocat de la constitutionnalité de la décision du Comité — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — Le cadre d'analyse élaboré dans R. c. Oakes convient-il pour apprécier la conformité à la Charte canadienne des droits et libertés de décisions administratives de nature discrétionnaire?

Droit des professions — Discipline — Avocats et procureurs — Lettre privée adressée par un avocat à un juge dans laquelle il critique ce dernier — Décision du Comité de discipline de réprimander l'avocat pour avoir manqué à son obligation de faire preuve d'objectivité, de modération et de dignité — Le Comité a-t-il correctement mis en balance les valeurs pertinentes consacrées par la Charte et les objectifs visés par la loi? — La décision était-elle raisonnable? — Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.03.

D appeared before a judge of the Superior Court of Quebec on behalf of a client. In the course of D's argument, the judge criticized D. In his written reasons rejecting D's application, the judge levied further criticism, accusing D of using bombastic rhetoric and hyperbole, of engaging in idle quibbling, of being impudent and of doing nothing to help his client discharge his burden. D then wrote a private letter to the judge calling him loathsome, arrogant and fundamentally unjust, and accusing him of hiding behind his status like a coward, of having a chronic inability to master any social skills, of being pedantic, aggressive and petty, and of having a propensity to use his court to launch ugly, vulgar and mean personal attacks.

The Assistant Syndic of the Barreau du Québec filed a complaint against D based on that letter alleging that D had violated art. 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, which states that the conduct of advocates "must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity". The Disciplinary Council of the Barreau du Québec found that the letter was likely to offend, rude and insulting, that the statements had little expressive value, and that the judge's conduct, which resulted in a reprimand from the Canadian Judicial Council, could not be relied on as justification for it. The Council rejected D's argument that art. 2.03 violated s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, finding that the limitation on freedom of expression was reasonable. Based on the seriousness of D's conduct, the Council reprimanded D and suspended his ability to practice law for 21 days. On appeal to the Tribunal des professions, D abandoned his constitutional challenge to the specific provision, arguing instead that the sanction itself violated his freedom of expression. The Tribunal found that D had exceeded the objectivity, moderation and dignity expected of him and that the decision to sanction D was a minimal restriction on his freedom of expression. On judicial review, the Superior Court of Quebec upheld the decision of the Tribunal.

Before the Quebec Court of Appeal, D no longer appealed the actual sanction of 21 days, challenging only the decision to reprimand him as a violation of the *Charter*. The Court of Appeal applied a full *Oakes* analysis under s. 1 of the *Charter* and upheld the

D a comparu devant un juge de la Cour supérieure du Québec pour le compte de son client. Au cours de la plaidoirie de D, le juge a formulé des critiques à l'égard de ce dernier. Dans les motifs écrits par lesquels il a rejeté la requête présentée par D, le juge a formulé d'autres critiques à l'égard de D, l'accusant de faire de la rhétorique ronflante et de l'hyperbole, de se perdre en arguties sans fondement, de faire preuve d'outrecuidance et de n'avoir rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau. D a adressé une lettre privée au juge, dans laquelle il le décrit comme un être exécrable, arrogant et foncièrement injuste et l'accuse de se cacher lâchement derrière son statut, d'être chroniquement incapable de maîtriser quelque aptitude sociale, d'adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin et de démontrer une propension à se servir de sa tribune pour s'adonner à des attaques personnelles mesquines, repoussantes et vulgaires.

Le syndic adjoint du Barreau du Québec a formulé une plainte contre D fondée sur cette lettre. Selon la plainte, D avait contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, qui énonce que la conduite de l'avocat « doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité ». Le Comité de discipline du Barreau du Québec a conclu que la lettre de D était de nature à choquer et constituait des propos grossiers et injurieux, que les propos de l'avocat n'avaient que peu de valeur sur le plan expressif et que D ne pouvait invoquer la conduite du juge — qui avait écopé pour sa part d'une réprimande du Conseil canadien de la magistrature — pour justifier la lettre. Le Comité de discipline a rejeté l'argument de D selon lequel l'art. 2.03 violerait l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, concluant que la restriction à la liberté d'expression était raisonnable. Estimant que le manquement de D à son obligation était grave, le Comité de discipline a réprimandé ce dernier et a suspendu son droit de pratique durant 21 jours. Dans l'appel interjeté devant le Tribunal des professions, D a abandonné la contestation constitutionnelle de la disposition pertinente, faisant plutôt valoir que sa liberté d'expression était brimée par la réprimande elle-même. Le Tribunal était d'avis que D n'avait pas fait preuve de l'objectivité, de la modération et de la dignité qu'on attendait de lui et que la décision de lui infliger une sanction constituait une restriction minimale à la liberté d'expression de D. À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec a maintenu la décision du Tribunal.

Devant la Cour d'appel du Québec, D appelait, non plus de la suspension de son droit de pratique durant 21 jours, mais de la décision de le réprimander, qu'il considérait comme une violation de la *Charte*. Au terme d'une analyse complète fondée sur l'article premier de

reprimand. It found that D's letter had limited importance compared to the values underlying freedom of expression, that the Council's decision had a rational connection to the important objective of protecting the public and that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

Held: The appeal from the result should be dismissed.

To determine whether administrative decision-makers have exercised their statutory discretion in accordance with *Charter* protections, the review should be in accordance with an administrative law approach, not a s. 1 *Oakes* analysis. The standard of review is reasonableness.

In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. But in assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.

There is nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong protection of the *Charter's* guarantees and values. An administrative law approach recognizes that administrative decision-makers are both bound by fundamental values and empowered to adjudicate them, and that administrative discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect. An administrative decision-maker exercising a discretionary power under his or her home statute, has, by virtue of expertise and specialization, particular familiarity with the competing considerations at play in weighing *Charter* values and will generally be in the best position to consider the impact of the relevant *Charter* guarantee on the specific facts of the case. Under a robust conception

cette dernière et exécutée suivant le modèle énoncé dans l'arrêt *Oakes*, la Cour d'appel a confirmé la réprimande. Elle a conclu que la lettre de D revêtait une importance limitée par rapport aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, que la décision du Comité avait un lien rationnel avec l'important objectif que constitue la protection du public et que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

Arrêt : Le pourvoi quant à l'issue est rejeté.

Pour déterminer si les décideurs administratifs ont exercé le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi en s'assurant de protéger les droits visés par la *Charte*, il faut effectuer la révision selon la démarche ressortissant au droit administratif, et non selon l'analyse fondée sur l'article premier, élaborée dans *Oakes*. La norme de contrôle est celle du caractère raisonnable.

Lorsque nous cherchons à déterminer si une loi viole la *Charte*, nous mettons en balance les objectifs urgents et réels du gouvernement, d'une part, et le degré d'atteinte au droit en cause protégé par la *Charte*, d'autre part. Si la loi ne restreint pas plus le droit qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs visés, la violation sera jugée proportionnelle et, de ce fait, la restriction raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, lorsque nous nous demandons si une décision en matière contentieuse viole la *Charte*, nous sommes appelés à mettre en balance des considérations quelque peu différentes, bien que liées. En effet, il s'agit alors de déterminer si le décideur a restreint le droit protégé par la *Charte* de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans les deux cas, nous cherchons à savoir si un juste équilibre a été atteint entre les droits et les objectifs et, dans les deux cas aussi, les exercices visent à garantir que les droits en cause ne sont pas restreints de manière déraisonnable.

Rien dans l'approche du droit administratif n'est intrinsèquement incompatible avec la solide protection conférée par la *Charte* des garanties qui y sont énoncées et des valeurs qui y sont consacrées. L'approche du droit administratif reconnaît que les décideurs administratifs sont à la fois liés par des valeurs fondamentales et habilités à statuer sur elles et que le pouvoir discrétionnaire de nature administrative est exercé à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu'elles comportent. Le décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de par son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte* et est généralement le mieux placé pour juger de

of administrative law, discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect.

When applying *Charter* values in the exercise of statutory discretion, an administrative decision-maker must balance *Charter* values with the statutory objectives by asking how the *Charter* value at issue will best be protected in light of those objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives.

On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* rights and values at play. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a “margin of appreciation”, or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives. In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one. But both decision-makers and reviewing courts must remain conscious of the fundamental importance of *Charter* values in the analysis.

Here, the decision to suspend D for 21 days was not before the Court. The only issue was whether the Council’s decision to reprimand D reflected a proportionate balancing of the lawyer’s expressive rights with its statutory mandate to ensure that lawyers behave with “objectivity, moderation and dignity” in accordance with art. 2.03 of the *Code of ethics*. In dealing

l’incidence de la protection conférée par la *Charte* au regard des faits précis de l’affaire. Selon une conception plus riche du droit administratif, le pouvoir discrétionnaire est exercé à l’aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu’elles comportent.

En appliquant les valeurs de la *Charte* dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, le décideur administratif doit mettre en balance les valeurs consacrées par la *Charte* et les objectifs visés par la loi et se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu compte tenu des objectifs en question. Cette réflexion constitue l’essence même de l’analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l’atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d’une part, et les objectifs que vise la loi, d’autre part.

Dans le contexte d’une révision judiciaire, il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits et des valeurs en cause protégés par la *Charte*. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d’analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l’examen du caractère raisonnable et le cadre d’analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une marge d’appréciation aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d’une part, et les objectifs plus larges, d’autre part. Dans le contexte de la *Charte*, l’analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d’assurer que la décision n’interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu’il n’est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Si la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l’esprit l’importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.

La Cour n’était pas appelée en l’espèce à se prononcer sur la décision de suspendre le droit de pratique de D durant 21 jours. La seule question à trancher était celle de savoir si la décision du Comité de réprimander l’avocat a établi un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de l’avocat à la libre expression et le mandat légal du Comité — qui consiste à garantir

with the appropriate boundaries of civility for a lawyer, the severity of the conduct must be interpreted in light of the expressive rights guaranteed by the *Charter*, and, in particular, the public benefit in ensuring the right of lawyers to express themselves about the justice system in general and judges in particular. We are, in other words, balancing the fundamental importance of open, and even forceful, criticism of our public institutions with the need to ensure civility in the profession. Disciplinary bodies must therefore demonstrate that they have given due regard to the importance of the expressive rights at issue, both in light of an individual lawyer's right to expression and the public's interest in open discussion. As with all disciplinary decisions, this balancing is a fact-dependent and discretionary exercise.

Proper respect for these expressive rights may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism. The fact that a lawyer is criticizing a judge, a tenured and independent participant in the justice system, may raise, not lower, the threshold for limiting a lawyer's expressive rights under the *Charter*. This does not, however, argue for an unlimited right on the part of lawyers to breach the legitimate public expectation that they will behave with civility. Lawyers potentially face criticisms and pressures on a daily basis. They are expected by the public, on whose behalf they serve, to endure them with civility and dignity. This is not always easy where the lawyer feels he or she has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when a lawyer's equilibrium is unduly tested that he or she is particularly called upon to behave with transcendent civility. On the other hand, lawyers should not be expected to behave like verbal eunuchs. They not only have a right to speak their minds freely, they arguably have a duty to do so. But they are constrained by their profession to do so with dignified restraint.

A reprimand for a lawyer does not automatically flow from criticizing a judge or the judicial system. Such criticism, even when it is expressed vigorously, can be constructive. However in the context of disciplinary hearings, such criticism will be measured against

que les avocats agissent avec « objectivité, [. . .] modération et [. . .] dignité », conformément à l'art. 2.03 du *Code de déontologie*. Lorsqu'il s'agit de déterminer quand le comportement d'un avocat passe les bornes de la civilité, il faut tenir compte du droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et, plus particulièrement, des avantages que procure à l'ensemble de la population l'exercice par les avocats du droit de s'exprimer au sujet du système de justice en général et au sujet des juges en particulier. Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance du droit à la liberté d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Il peut découler du respect qui est dû à ce droit à la liberté d'expression que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées. Le fait qu'un avocat critique un juge, un acteur indépendant et nommé à titre inamovible du système de justice, pourrait hausser, et non abaisser, le seuil au-delà duquel il convient de limiter l'exercice par un avocat du droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte*. Cela étant dit, il ne faut surtout pas voir là d'argument pour un droit illimité des avocats de faire fi de la civilité que la société est en droit d'attendre d'eux. Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang-froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Une telle critique, même exprimée vigoureusement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique

the public's reasonable expectations of a lawyer's professionalism. As the Disciplinary Council found, D's letter was outside those expectations. His displeasure with the judge was justifiable, but the extent of the response was not.

In light of the excessive degree of vituperation in the letter's context and tone, the Council's decision that D's letter warranted a reprimand represented a proportional balancing of D's expressive rights with the statutory objective of ensuring that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity". The decision is, as a result, a reasonable one.

Cases Cited

Discussed: *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; **referred to:** *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *R. v. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de D ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

À la lumière du degré excessif de vitupération dans le contenu de la lettre et de son ton, la conclusion du Comité selon lequel la lettre de D justifiait qu'il soit réprimandé repose sur un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de D à la libre expression et l'objectif de la loi qui consiste à garantir que les avocats agissent avec « objectivité, modération et dignité ». Par conséquent, cette décision est raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts analysés : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37,

2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, arts. 2.00.01, 2.03 [rep. (2004) 136 G.O. II, 1272].

Authors Cited

Bernatchez, Stéphane. “Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?” (2010), 55 *McGill L.J.* 641.

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: The Association, 2009 (online: <http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf>).

Cartier, Geneviève. “The *Baker* Effect: A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion”, in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon: Hart, 2004, 61.

Code, Michael. “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97.

Dyzenhaus, David, and Evan Fox-Decent. “Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada*” (2001), 51 *U.T.L.J.* 193.

Evans, J. M. “The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law” (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.

Gratton, Susan L., and Lorne Sossin. “In Search of Coherence: The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court”, in David A. Wright and

[2009] 2 R.C.S. 567; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.00.01, 2.03 [abr. (2004) 136 G.O. II, 1840].

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : L’Association, 2009 (en ligne : http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf).

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 28 avril 2011 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671&langtype=1036>).

Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641.

Cartier, Geneviève. « The *Baker* Effect : A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion », in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon : Hart, 2004, 61.

Code, Michael. « Counsel’s Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97.

Dyzenhaus, David, and Evan Fox-Decent. « Rethinking the Process/Substance Distinction : *Baker v. Canada* » (2001), 51 *U.T.L.J.* 193.

Evans, J. M. « The Principles of Fundamental Justice : The Constitution and the Common Law » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.

- Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*. Toronto: Irwin Law, 2011, 145.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).
- Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 28, 2011 (online: <http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671>).
- Liston, Mary. "Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 77.
- MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.
- Mullan, David. "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127.
- Gratton, Susan L., and Lorne Sossin. « In Search of Coherence : The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court », in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*. Toronto : Irwin Law, 2011, 145.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).
- Liston, Mary. « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 77.
- MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2009.
- Mullan, David. « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Dufresne and Léger J.J.A.), 2010 QCCA 24, [2010] R.J.Q. 77, 326 D.L.R. (4th) 749, [2010] Q.J. No. 88 (QL), 2010 CarswellQue 13368, affirming a decision of Déziel J., 2008 QCCS 2450 (CanLII), [2008] J.Q. n° 5222 (QL), 2008 CarswellQue 5285, dismissing an application for judicial review of a decision of the Tribunal des professions, 2007 QCTP 152 (CanLII), [2007] D.T.P.Q. n° 152 (QL). Appeal dismissed.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochon, Dufresne et Léger), 2010 QCCA 24, [2010] R.J.Q. 77, 326 D.L.R. (4th) 749, [2010] J.Q. n° 88 (QL), 2010 CarswellQue 77, qui a confirmé une décision du juge Déziel, 2008 QCCS 2450 (CanLII), [2008] J.Q. n° 5222 (QL), 2008 CarswellQue 5285, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une décision du Tribunal des professions, 2007 QCTP 152 (CanLII), [2007] D.T.P.Q. n° 152 (QL). Pourvoi rejeté.
- Sophie Dormeau and Sophie Préfontaine*, for the appellant.
- Claude G. Leduc and Luce Bastien*, for the respondent Pierre Bernard, in his capacity as Assistant Syndic of the Barreau du Québec.
- Dominique A. Jobin and Noémi Potvin*, for the respondents Tribunal des professions and the Attorney General of Quebec.
- Babak Barin and Frédéric Côté*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.
- David Grossman, Sylvain Lussier, Julien Morissette and Annie Gallant*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.
- Mathieu Bouchard and Audrey Boctor*, for the intervener the Young Bar Association of Montreal.
- Sophie Dormeau et Sophie Préfontaine*, pour l'appelant.
- Claude G. Leduc et Luce Bastien*, pour l'intimé Pierre Bernard, ès qualités de syndic adjoint du Barreau du Québec.
- Dominique A. Jobin et Noémi Potvin*, pour les intimés le Tribunal des professions et le procureur général du Québec.
- Babak Barin et Frédéric Côté*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.
- David Grossman, Sylvain Lussier, Julien Morissette et Annie Gallant*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.
- Mathieu Bouchard et Audrey Boctor*, pour l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The focus of this appeal is on the decision of a disciplinary body to reprimand a lawyer for the content of a letter he wrote to a judge after a court proceeding.

[2] The lawyer does not challenge the constitutionality of the provision in the *Code of ethics* under which he was reprimanded. Nor, before us, does he challenge the length of the suspension he received. What he *does* challenge, is the constitutionality of the decision itself, claiming that it violates his freedom of expression under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] This raises squarely the issue of how to protect *Charter* guarantees and the values they reflect in the context of adjudicated administrative decisions. Normally, if a discretionary administrative decision is made by an adjudicator within his or her mandate, that decision is judicially reviewed for its reasonableness. The question is whether the presence of a *Charter* issue calls for the replacement of this administrative law framework with the *Oakes* test, the test traditionally used to determine whether the state has justified a law's violation of the *Charter* as a "reasonable limit" under s. 1.

[4] It seems to me to be possible to reconcile the two regimes in a way that protects the integrity of each. The way to do that is to recognize that an adjudicated administrative decision is not like a law which can, theoretically, be objectively justified by the state, making the traditional s. 1 analysis an awkward fit. On whom does the onus lie, for example, to formulate and assert the pressing and substantial objective of an adjudicated decision, let alone justify it as rationally connected to, minimally impairing of, and proportional to that objective? On the other hand, the protection of *Charter* guarantees is a fundamental and

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent appel porte principalement sur la décision d'un comité de discipline de réprimander un avocat pour le contenu d'une lettre qu'il a écrite à un juge après une audience.

[2] L'avocat ne conteste pas la constitutionnalité de la disposition du *Code de déontologie* en vertu de laquelle il a été sanctionné. Il ne conteste pas non plus, devant nous, la durée de la suspension qui lui a été infligée. Ce qu'il conteste, c'est la constitutionnalité de la décision elle-même, puisqu'il prétend qu'elle enfreint la liberté d'expression que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] Cela pose, sans détour, la question de la protection des garanties visées par la *Charte* et des valeurs qu'elles reflètent, dans le contexte des décisions administratives en matières contentieuses. Normalement, si un décideur a rendu une décision administrative conforme à son mandat en exerçant un pouvoir discrétionnaire, la révision judiciaire qui la concerne vise à juger de son caractère raisonnable. Ainsi, la question à trancher est celle de savoir si la présence d'une question relative à la *Charte* appelle le remplacement de ce cadre d'analyse de droit administratif par le test énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, test utilisé traditionnellement pour déterminer si l'État a justifié la violation de la *Charte* par une loi en démontrant que cette violation s'inscrit dans les limites raisonnables au sens de l'article premier.

[4] Il me semble possible de concilier les deux régimes de manière à protéger l'intégrité de chacun d'entre eux. Pour ce faire, il faut reconnaître qu'une décision administrative en matière contentieuse n'est pas assimilable à une loi qui peut, en théorie, être objectivement justifiée par l'État et que, dans ce contexte, l'analyse traditionnelle fondée sur l'article premier est boiteuse. Sur qui pèserait, par exemple, le fardeau de formuler et de défendre l'objectif urgent et réel d'une telle décision administrative, sans parler du fardeau de démontrer l'existence d'un lien rationnel, d'une atteinte minimale ainsi que la proportionnalité de cette atteinte

pervasive obligation, no matter which adjudicative forum is applying it. How then do we ensure this rigorous *Charter* protection while at the same time recognizing that the assessment must necessarily be adjusted to fit the contours of what is being assessed and by whom?

[5] We do it by recognizing that while a formulaic application of the *Oakes* test may not be workable in the context of an adjudicated decision, distilling its essence works the same justificatory muscles: balance and proportionality. I see nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong *Charter* protection — meaning its guarantees and values — we expect from an *Oakes* analysis. The notion of deference in administrative law should no more be a barrier to effective *Charter* protection than the margin of appreciation is when we apply a full s. 1 analysis.

[6] In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. In assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, however, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.

à l'objectif visé? Par ailleurs, la protection des garanties visées par la *Charte* constitue une obligation fondamentale et omniprésente, quel que soit le forum décisionnel qui en assure l'application. Dans ce contexte, comment pouvons-nous assurer cette protection constitutionnelle rigoureuse tout en reconnaissant que l'évaluation doit nécessairement être modulée de manière à ce qu'elle soit adaptée à ce qui est évalué et à l'instance qui y procède?

[5] Nous le faisons en reconnaissant que même si l'application convenue du test énoncé dans *Oakes* pourrait ne pas convenir dans le contexte d'une décision administrative en matière contentieuse, en extraire l'essence fait intervenir les mêmes réflexes justificateurs : l'équilibre et la proportionnalité. Je ne vois rien dans l'approche du droit administratif qui soit intrinsèquement incompatible avec la solide protection conférée par la *Charte* soit la protection des garanties qui y sont énoncées et des valeurs qu'elle consacre — que nous attendons d'une analyse conforme à *Oakes*. De plus, la notion de déférence applicable en droit administratif ne devrait pas plus constituer un obstacle à une protection constitutionnelle efficace que ne le fait la marge d'appréciation quand nous appliquons l'analyse complète fondée sur l'article premier.

[6] Lorsque nous cherchons à déterminer si une loi viole la *Charte*, nous mettons en balance les objectifs urgents et réels du gouvernement, d'une part, et le degré d'atteinte au droit en cause protégé par la *Charte*, d'autre part. Si la loi ne restreint pas plus le droit qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs visés, la violation sera jugée proportionnelle et, de ce fait, la restriction raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, lorsque nous nous demandons si une décision en matière contentieuse viole la *Charte*, nous sommes appelés à mettre en balance des considérations quelque peu différentes, bien que liées. En effet, il s'agit alors de déterminer si le décideur a restreint le droit protégé par la *Charte* de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans les deux cas, nous cherchons à savoir si un juste équilibre a été atteint entre les droits et les objectifs et, dans les deux cas aussi, les exercices visent à garantir que les droits en cause ne sont pas restreints de manière déraisonnable.

[7] As this Court has noted, most recently in *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, the nature of the reasonableness analysis is always contingent on its context. In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one.

[8] In this case, the discipline committee's decision to reprimand the lawyer reflected a proportionate balancing of its public mandate to ensure that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity" with the lawyer's expressive rights. It is, as a result, a reasonable one.

Background

[9] Gilles Doré was counsel for Daniel Lanthier in criminal proceedings. On June 18 and 19, 2001, Mr. Doré appeared before Boilard J. in the Superior Court of Quebec seeking a stay of proceedings or, in the alternative, the release of his client on bail. In the course of Mr. Doré's argument, Justice Boilard said about him that [TRANSLATION] "an insolent lawyer is rarely of use to his client". In his written reasons rejecting Mr. Doré's application on June 21, 2001, Boilard J. levied further criticism (*R. v. Lanthier*, 2001 CanLII 9351). He accused Mr. Doré of [TRANSLATION] "bombastic rhetoric and hyperbole" and said that the court must "put aside" Mr. Doré's "impudence". Justice Boilard characterized Mr. Doré's request for a stay as "totally ridiculous" and one of his arguments as "idle quibbling". Finally, he said that "fixated on or obsessed with his narrow vision of reality, which is not consistent with the facts, Mr. Doré has done nothing to help his client discharge his burden".

[7] Comme la Cour l'a déjà souligné, le plus récemment dans l'arrêt *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, la nature de l'analyse du caractère raisonnable est toujours tributaire du contexte. Dans celui de la *Charte*, cette analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d'assurer que la décision n'interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Si la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable.

[8] En l'espèce, la décision du Comité de discipline de réprimander l'avocat a établi un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre son mandat — qui consiste à garantir que les avocats agissent avec « objectivité, [. . .] modération et [. . .] dignité » — et le droit de l'avocat concerné à la libre expression. Par conséquent, cette décision est raisonnable.

Contexte

[9] M^e Gilles Doré représentait M. Daniel Lanthier dans une instance criminelle. Les 18 et 19 juin 2001, il comparait devant le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec pour demander l'arrêt des procédures ou, subsidiairement, la mise en liberté sous caution de son client. Au cours de la plaidoirie de M^e Doré, le juge Boilard a dit à son sujet qu'« un avocat insolent est rarement utile à son client ». Dans les motifs écrits de la décision rendue le 21 juin 2001 par laquelle il a rejeté la requête de M^e Doré, le juge Boilard a formulé d'autres critiques à l'égard de l'avocat (*R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351), l'accusant de faire de la « rhétorique ronflante et de l'hyperbole », ajoutant que la cour devait « mettre de côté » son « outrecuidance ». Il a qualifié la requête de M^e Doré de « tout à fait ridicule » et l'un de ses arguments d'« argutie sans fondement ». Enfin, il a également écrit qu'« obnubilé ou obsédé dans sa vision d'une réalité étriquée, non conforme aux faits, M^e Doré n'a rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau ».

[10] On June 21, 2001, Mr. Doré wrote a private letter to Justice Boilard, stating:

[TRANSLATION]

WITHOUT PREJUDICE OR ADMISSION

Sir,

I have just left the Court. Just a few minutes ago, as you hid behind your status like a coward, you made comments about me that were both unjust and unjustified, scattering them here and there in a decision the good faith of which will most likely be argued before our Court of Appeal.

Because you ducked out quickly and refused to hear me, I have chosen to write a letter as an entirely personal response to the equally personal remarks you permitted yourself to make about me. This letter, therefore, is from man to man and is outside the ambit of my profession and your functions.

If no one has ever told you the following, then it is high time someone did. Your chronic inability to master any social skills (to use an expression in English, that language you love so much), which has caused you to become pedantic, aggressive and petty in your daily life, makes no difference to me; after all, it seems to suit you well.

Your deliberate expression of these character traits while exercising your judicial functions, however, and your having made them your trademark concern me a great deal, and I feel that it is appropriate to tell you.

Your legal knowledge, which appears to have earned the approval of a certain number of your colleagues, is far from sufficient to make you the person you could or should be professionally. Your determination to obliterate any humanity from your judicial position, your essentially non-existent listening skills, and your propensity to use your court — where you lack the courage to hear opinions contrary to your own — to launch ugly, vulgar, and mean personal attacks not only confirms that you are as loathsome as suspected, but also casts shame on you as a judge, that most extraordinarily important function that was entrusted to you.

I would have very much liked to say this to your face, but I highly doubt that, given your arrogance, you are able to face your detractors without hiding behind your judicial position.

[10] Le 21 juin 2001, M^{re} Doré a adressé une lettre privée au juge Boilard, dans laquelle il écrivait :

SOUS RÉSERVE ET SANS ADMISSION

Monsieur,

Je sors à peine de cour. Il y a quelques minutes, vous cachant lâchement derrière votre statut, vous avez tenu à mon égard des propos aussi injustes qu'injustifiés, parsemés ici et là dans une décision dont la bonne foi sera vraisemblablement débattue devant notre Cour d'appel.

Comme vous vous êtes défilé rapidement et avez refusé de m'entendre, je choisis la forme épistolaire pour répondre à titre purement personnel aux propos tout aussi personnels que vous vous êtes permis à mon endroit. La présente est donc d'homme à homme, hors le circuit de ma profession et de vos fonctions.

Si ce qui suit ne vous a jamais été signalé, il était grand temps que ça le soit. Si votre incapacité chronique à maîtriser quelque aptitude sociale (« *social skills* » vous qui aimez tant l'anglais) vous a amené à adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin dans votre vie de tous les jours, peu m'importe; cela semble après tout vous convenir.

Si toutefois, délibérément, vous importez ces traits de caractère dans l'exercice de votre magistrature et que vous en faites votre marque de commerce, cela m'importe beaucoup et il me semble approprié de vous en faire part.

En effet, vos connaissances juridiques qui semblent rallier l'approbation d'un certain nombre de vos collègues, sont loin d'être suffisantes pour faire de vous ce que vous auriez pu et du *[sic]* être au plan professionnel. Votre détermination à évacuer toute humanité de votre magistrature, votre capacité d'écoute à toutes fins pratiques nulle et votre propension à vous servir de votre tribune — de laquelle vous n'avez pas le courage de faire face à l'expression d'opinions contraires aux vôtres — pour vous adonner à des attaques personnelles d'une mesquinerie à ce point repoussante qu'elles en sont vulgaires, non seulement confirme *[sic]* l'être exécrable qu'on devine mais encore, font de votre magistrature une honte pour ce poste extraordinairement important qui vous fut jadis confié.

J'aurais bien aimé vous en faire part personnellement mais je doute fort que dans votre arrogance et en l'absence de votre paravent judiciaire, vous soyez capable de faire face à vos détracteurs.

Worst of all, you possess the most appalling of all defects for a man in your position: You are fundamentally unjust. I doubt that that will ever change.

Sincerely,

Gilles Doré

P.S. As this letter is purely personal, I see no need to distribute it.

(C.A. judgment, 2010 QCCA 24, 326 D.L.R. (4th) 749, at para. 5)

[11] The next day, June 22, 2001, Mr. Doré wrote to Chief Justice Lyse Lemieux, with a copy to Justice Boilard. He made it clear that he was not filing a complaint with her against Justice Boilard. Instead, Mr. Doré respectfully requested that he not be required to appear before Justice Boilard in the future since he was concerned that he could not properly represent his clients before him.

[12] On July 10, 2001, Mr. Doré complained to the Canadian Judicial Council about Justice Boilard's conduct. On July 13, 2001, Chief Justice Lemieux sent a copy of the letter Mr. Doré had sent to Justice Boilard to the Syndic du Barreau, the body that disciplines lawyers in Quebec.

[13] In March 2002, the Assistant Syndic filed a complaint against Mr. Doré based on his letter to Justice Boilard. The complaint alleged that Mr. Doré had violated both art. 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, and Mr. Doré's oath of office. Article 2.03 stated: "The conduct of an advocate must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity."

[14] In the interval between the filing of the Assistant Syndic's complaint against Mr. Doré and the actual proceedings against him, a committee of judges appointed by the Judicial Council to look into Mr. Doré's complaint communicated its conclusions to Mr. Doré and Justice Boilard in letters sent on July 15, 2002. The committee found that

Pis encore, vous avez la pire des tares pour un homme de votre position : vous êtes foncièrement injuste et je doute que cela puisse changer un jour.

Sincèrement,

Gilles Doré

P.S. Comme cette missive est à titre purement personnelle [*sic*], je ne vois nullement la nécessité d'en faire la diffusion.

(Jugement de la C.A., 2010 QCCA 24 (CanLII), par. 5)

[11] Le lendemain, soit le 22 juin 2001, M^e Doré a écrit à la juge en chef Lyse Lemieux et expédié une copie conforme de cette lettre au juge Boilard. Il a clairement indiqué que cette démarche ne constituait pas une plainte à l'endroit du juge Boilard. Il demandait plutôt, respectueusement, de ne plus avoir à plaider devant ce juge, parce qu'il craignait de ne pas pouvoir représenter ses clients adéquatement devant lui.

[12] Le 10 juillet 2001, M^e Doré a saisi le Conseil canadien de la magistrature d'une plainte au sujet de la conduite du juge Boilard. Le 13 juillet 2001, la juge en chef Lemieux a transmis une copie de la lettre envoyée au juge Boilard par M^e Doré au syndic du Barreau du Québec, l'organisme responsable dans cette province des questions disciplinaires concernant les avocats.

[13] Au mois de mars 2002, le syndic adjoint a formulé une plainte contre M^e Doré fondée sur la lettre qu'il avait adressée au juge Boilard. Selon cette plainte, l'avocat avait contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, et manqué à son serment d'office. L'article 2.03 énonçait que : « [l]a conduite de l'avocat doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité. »

[14] Entre le dépôt de la plainte du syndic adjoint contre M^e Doré et l'audience disciplinaire, un comité de juges nommés par le Conseil canadien de la magistrature pour étudier la plainte formulée par M^e Doré a communiqué ses conclusions au plaignant et au juge en leur expédiant des lettres le 15 juillet 2002. Le comité a conclu que le juge

Justice Boilard had made [TRANSLATION] “unjustified derogatory remarks to Mr. Doré” stating, in part:

[TRANSLATION] ... to use the words “bombastic rhetoric and hyperbole” and “impudence” in referring to counsel arguing a case before you, quite clearly in good faith, is unnecessarily insulting. To reply to counsel who submits that you have not allowed him to argue his case “that an insolent lawyer is rarely of use to his client” not only is unjustified in the circumstances, but could tarnish counsel’s professional reputation in the eyes of his client, his peers and the public. To say to counsel arguing a case before you that “I have the impression this is going to be tiresome” is to gratuitously degrade him. To describe a procedure before the court as “totally ridiculous” is unnecessarily humiliating. It is the panel’s opinion that such comments would seem to show contempt for counsel not only as an individual but also as a professional.

The evidence reveals a flagrant lack of respect for an officer of the court, namely Mr. Doré, who was nevertheless at all times respectful to the court. The evidence also shows signs of impatience on your part that are surprising in light of every judge’s duty to listen calmly to the parties and to counsel. It is the panel’s opinion that in so abusing your power as a judge, you not only tarnished your image as a dispenser of justice, but also undermined the judiciary, the image of which has unfortunately been diminished. The panel reminds you that your independence and your authority as a judge do not exempt you from respecting the dignity of every individual who argues a case before you. Dispensing justice while gratuitously insulting counsel is befitting neither for the judge nor for the judiciary.

Having also read the judgments of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Proulx*, *R. v. Bisson* and *R. v. Calloch*, the panel observed that you tend to use your platform to unjustly denigrate counsel appearing before you. The transcript of the hearing of April 9, 2002 in *Sa Majesté la Reine v. Sébastien Beauchamp*, which contains evidence of personal attacks on another lawyer, also confirmed that the case raised in Mr. Doré’s complaint is neither unique nor isolated, but shows that extreme conduct and comments seem to form part of a more generalized attitude. In the panel’s view, the fact that such an attitude could persist despite warnings from the Court of Appeal is troubling.

Boilard avait fait des « remarques désobligeantes et injustifiées à M^e Doré » et il a notamment indiqué que de :

... parler de la « rhétorique ronflante et de l’hyperbole » et de l’« outrecuidance » de l’avocat qui plaide devant vous, de toute évidence de bonne foi, est inutilement offensant. Répliquer à un avocat, qui soumet que vous ne l’avez pas laissé plaider, « qu’un avocat insolent est rarement utile à son client » n’est [sic] non seulement injustifié dans les circonstances mais risque de porter atteinte à la réputation de l’avocat en tant que professionnel devant son client, ses pairs [sic] et le public. Dire à un avocat qui plaide devant vous que « j’ai l’impression que cela va être pénible » abaisse gratuitement l’avocat. Qualifier une procédure devant la Cour « de tout à fait ridicule » est inutilement humiliant. Le sous-comité est d’avis que de tels commentaires sembleraient témoigner d’une attitude de dédain envers l’avocat non seulement en tant qu’individu, mais aussi en tant que professionnel.

La preuve décèle un manque flagrant de respect envers un officier de la Cour, dont M^e Doré qui, en tout temps, est néanmoins resté respectueux envers le Tribunal. La preuve révèle en outre des écarts d’impatience de votre part qui surprennent, face au devoir de tout juge d’écouter les parties et les avocats en toute sérénité. Le sous-comité est d’avis qu’en abusant ainsi de votre pouvoir de magistrat, vous avez non seulement terni votre image de justicier mais vous avez également porté atteinte à la magistrature, dont l’image en est sortie malheureusement amoindrie. Le sous-comité vous rappelle que votre indépendance et votre autorité en tant que juge ne vous dispensent pas de respecter la dignité de tout individu qui se trouve à plaider devant vous. Dispenser justice en insultant gratuitement l’avocat ne sied ni au juge, ni à la magistrature.

Ayant également pris connaissance des jugements de la Cour d’appel du Québec dans *R. c. Proulx*, *R. c. Bisson* et *R. c. Calloch*, le sous-comité a pu constater votre penchant à vous servir de votre tribune pour dénigrer injustement l’avocat qui paraît devant vous. La transcription de l’audience du 9 avril 2002 dans *Sa Majesté la Reine c. Sébastien Beauchamp*, qui témoigne d’attaques personnelles à l’encontre d’un autre avocat, est venue également confirmer que la plainte de M^e Doré ne soulève pas un cas unique ou isolé, mais témoigne d’un comportement et de propos excessifs qui semblent s’inscrire dans une attitude plus générale. Qu’une telle attitude puisse perdurer, malgré les avertissements de la Cour d’appel, est un constat troublant, de l’avis du sous-comité, pour autant que cela continue.

The panel finds that the impatience you showed and the immoderate comments you made to an officer of the court, Mr. Doré, are unacceptable and merit an expression of the panel's disapproval under subsection 55(2) of the Canadian Judicial Council By-Laws.

The panel notes that you have deferred to its decision and assumes that the fact that Mr. Doré has made a complaint will lead you to reflect on this and will remind you of your duty as a judge to show respect and courtesy to all counsel who appear before you.

[15] On July 22, 2002, after receiving this reprimand, Justice Boilard recused himself from a complex criminal trial involving the Hell's Angels, a trial related to the trial of Daniel Lanthier in which Mr. Doré had acted. As a result of this recusal, the Attorney General of Quebec requested the Canadian Judicial Council to conduct an inquiry. The Judicial Council concluded that Justice Boilard's recusal had not constituted misconduct.

[16] As for Mr. Doré, the proceedings before the Disciplinary Council of the Barreau du Québec took place between April 2003 and January 2006. In its January 18, 2006 decision, the Disciplinary Council found that Mr. Doré's letter was [TRANSLATION] "likely to offend and is rude and insulting" (2006 CanLII 53416, at para. 58). It concluded that his statements had little expressive value, as they were "merely opinions, perceptions and insults" (para. 62). The Disciplinary Council rejected Mr. Doré's submission that his letter was private, since it was written by him as a lawyer. It also concluded that Justice Boilard's conduct could not be relied on as justification for the letter.

[17] The Disciplinary Council rejected Mr. Doré's argument that art. 2.03 violated s. 2(b) of the *Charter*. While acknowledging that the provision infringed on freedom of expression, the Disciplinary Council found that

[TRANSLATION] [t]his is a limitation on freedom of expression that is entirely reasonable, even necessary, in the Canadian legal system, where lawyers and

Le sous-comité est d'avis que vos écarts d'impatience et vos remarques immodérées faites à l'égard d'un officier de la Cour, M^e Doré, sont inacceptables et méritent la désapprobation du sous-comité conformément au paragraphe 55(2) du Règlement administratif du Conseil.

Le sous-comité a pris soin de noter que vous vous en remettiez à la décision du sous-comité et prend pour acquis que le fait que M^e Doré se soit plaint vous fasse réfléchir et vous rappelle votre obligation de magistrat de traiter tout avocat qui se présente devant vous avec respect et courtoisie.

[15] Le 22 juillet 2002, après avoir écopé de cette réprimande, le juge Boilard s'est récusé dans un procès complexe intenté contre les Hell's Angels et lié au procès dans lequel M^e Doré représentait M. Daniel Lanthier. Par suite de cette récusation, le procureur général du Québec a demandé au Conseil canadien de la magistrature de mener une enquête. Au terme de celle-ci, le Conseil a conclu que le juge Boilard ne s'était pas conduit de façon inappropriée en se récusant.

[16] Pour ce qui est de M^e Doré, l'audition de la plainte par le Comité de discipline du Barreau du Québec s'est déroulée entre les mois d'avril 2003 et de janvier 2006. Dans une décision rendue le 18 janvier 2006, le Comité de discipline a conclu que la lettre de M^e Doré « est de nature à choquer et constitue des propos grossiers et injurieux » (2006 CanLII 53416, par. 58). Il a jugé que les propos de l'avocat n'avaient que peu de valeur sur le plan expressif parce qu'il ne s'agissait que d'« opinions, [de] perceptions et [d']insultes » (par. 62). Le Comité de discipline a rejeté l'argument de M^e Doré selon lequel la lettre était de nature privée, jugeant que c'est en tant qu'avocat qu'il l'avait écrite. Il a également conclu que l'avocat ne pouvait invoquer la conduite du juge Boilard pour justifier la lettre.

[17] Le Comité de discipline a également rejeté l'argument de M^e Doré selon lequel l'art. 2.03 violerait l'al. 2b) de la *Charte*. Tout en reconnaissant que la disposition restreint la liberté d'expression, le Comité a conclu comme suit :

Il s'agit d'une restriction à la liberté d'expression qui est tout à fait raisonnable, voire même nécessaire dans le système de droit canadien où les avocats et les juges

judges must work together in the interest of justice. [para. 88]

Moreover, it concluded that Mr. Doré had willingly joined a profession that was subject to rules of discipline that he knew would limit his freedom of expression. While the rules may [TRANSLATION] “be seen as restrictions imposed on the members of the Barreau in comparison to the freedom that may be enjoyed by other Canadian citizens”, they are made in exchange for “the privileges conferred on lawyers as members of an ‘exclusive profession’” (paras. 109-10). On July 24, 2006, based on what it found to be the seriousness of Mr. Doré’s conduct and on his failure to show remorse, the same panel suspended Mr. Doré’s ability to practise law for 21 days (2006 CanLII 53436).

[18] Mr. Doré appealed the Disciplinary Council’s decisions to the Tribunal des professions on several grounds (2007 QCTP 152 (CanLII)). This time, he did not challenge the constitutionality of art. 2.03. Instead, he argued that the manner in which the relevant legislation was applied by the Disciplinary Council was unconstitutional because his comments were protected by s. 2(b) of the *Charter*.

[19] The Tribunal reviewed the constitutionality of the Disciplinary Council’s decision on a standard of correctness, but said that a full *Oakes* analysis under s. 1 of the *Charter* was inappropriate where a decision only applied to one person. Instead, it held that “[t]he issue becomes one of proportionality or, more specifically, minimal limitation of the guaranteed right” (para. 69, citing *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 155). In the circumstances, the Disciplinary Council’s decision to sanction Mr. Doré was found to be a [TRANSLATION] “minimal restriction on freedom of expression” (para. 76). It rejected Mr. Doré’s argument that Justice Boilard’s disparaging remarks justified his letter. It also rejected his argument that the letter was private, since Mr. Doré remained “an officer of the court and a lawyer” (para. 77) and had exceeded the objectivity, moderation and

doivent collaborer entre eux dans les meilleurs intérêts de la justice. [par. 88]

En outre, le Comité a conclu que M^e Doré avait librement adhéré à une profession régie par un code de déontologie dont il savait qu’il limiterait sa liberté d’expression. Si ces règles peuvent « être perçu[e]s comme des restrictions imposées aux membres du Barreau en comparaison avec la liberté dont peuvent bénéficier les autres citoyens canadiens », il s’agit d’une « contrepartie aux privilèges qui sont accordés aux avocats qui sont membre[s] d’une “profession à exercice exclusif” » (par. 109-110). Le 24 juillet 2006, la même formation du Comité de discipline, estimant que le manquement de M^e Doré à son obligation était grave et qu’il n’avait exprimé aucun repentir, a prononcé la sanction qu’il lui infligeait, soit une suspension de son droit de pratique durant 21 jours (2006 CanLII 53436).

[18] M^e Doré a interjeté appel des décisions du Comité de discipline devant le Tribunal des professions, invoquant plusieurs moyens (2007 QCTP 152 (CanLII)). Cette fois, il n’a pas contesté la constitutionnalité de l’art. 2.03. Il a plutôt fait valoir que l’application des dispositions pertinentes par le Comité de discipline était inconstitutionnelle, puisque les commentaires qu’il avait formulés étaient protégés par l’al. 2b) de la *Charte*.

[19] Le Tribunal a examiné la constitutionnalité de la décision du Comité de discipline selon la norme de la décision correcte, mais il a précisé que l’application intégrale de l’analyse élaborée dans *Oakes* fondée sur l’article premier de la *Charte* ne convenait pas à l’égard des décisions applicables à une seule personne. Il a conclu que « [l]a question se réduit [plutôt] à un problème de proportionnalité ou, plus précisément, de restriction minimale du droit garanti » (par. 69, citant *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 155). Compte tenu des circonstances, le Tribunal a jugé que la décision du Comité d’imposer une mesure disciplinaire à M^e Doré constituait une « restriction minimale de la liberté d’expression » (par. 76). Il a écarté l’argument de M^e Doré selon lequel les remarques désobligeantes du juge Boilard justifiaient sa lettre. Il n’a pas non plus retenu l’argument du caractère

dignity expected of him. Though it noted that the sanction imposed by the Disciplinary Council “seems harsh” (para. 135), the Tribunal held that it was not unreasonable, given the gravity of Mr. Doré’s conduct and his lack of remorse.

[20] On judicial review, the Superior Court of Quebec upheld the decision of the Tribunal, including its view that the letter did not constitute a private act, and found the Tribunal’s reasoning to be [TRANSLATION] “unassailable” (2008 QCCS 2450 (CanLII), at paras. 105, 109, 139 and 147). It concluded that by finding the decision to be a minimal restriction on Mr. Doré’s freedom of expression, the Tribunal had “implicitly” held that the restriction was “justified in a free and democratic society” (para. 104).

[21] The Quebec Court of Appeal held that given the status and role of the parties, Mr. Doré could not reasonably have expected his letter to remain confidential or private. It acknowledged that the Disciplinary Council’s decision was a breach of s. 2(b), but, applying a full s. 1 analysis, it found that Mr. Doré’s letter had [TRANSLATION] “limited importance . . . compared to the values underlying freedom of expression, which are the pursuit of truth, participation in the community, individual self-fulfillment, and human flourishing” (para. 36). The court held that protecting the public was an important objective, and that the Disciplinary Council’s decision had a rational connection with that objective, especially given the importance of a judge’s position in the judicial system. On minimal impairment, assessing both the decision and the sanction, the Court of Appeal held that while the sanction was significant, it was targeted at the manner in which Mr. Doré criticized Justice Boilard, and did not prohibit the expression itself:

[TRANSLATION] The impugned decision appears to be measured and, in the present case, is a correct

privé de la lettre, estimant que M^e Doré n’avait pas cessé « d’être officier de justice et avocat » (par. 77) et qu’il n’avait pas fait preuve de l’objectivité, de la modération et de la dignité qu’on attendait de lui. Même s’il a jugé que la sanction infligée par le Comité de discipline était « sévère » (par. 135), le Tribunal a conclu qu’elle n’était pas déraisonnable compte tenu de la gravité de la conduite de M^e Doré et de son absence de repentir.

[20] À l’issue d’une révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec a maintenu la décision du Tribunal, a notamment souscrit à l’opinion de ce dernier que la lettre ne constituait pas un acte privé et a conclu que le raisonnement du Tribunal était « sans reproche » (2008 QCCS 2450 (CanLII), par. 105, 109, 139 et 147). La Cour supérieure a jugé, en outre, qu’en concluant à l’existence d’une restriction minimale à la liberté d’expression de M^e Doré, le Tribunal avait « implicitement » statué que la restriction était « justifiée dans une société libre et démocratique » (par. 104).

[21] La Cour d’appel du Québec a jugé qu’en raison du statut et de la fonction des parties, M^e Doré ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce que sa lettre demeure confidentielle ou privée. La Cour d’appel a toutefois reconnu que la décision du Comité de discipline contrevenait à l’al. 2b) mais, au terme d’une analyse complète fondée sur l’article premier, a conclu que la lettre de M^e Doré revêtait une « importance limitée [. . .] par rapport aux valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression, soit la recherche de la vérité, la participation à la prise de décision d’intérêt social et politique, la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement » (par. 36). Soulignant l’importance de l’objectif de protection du public, la Cour d’appel a considéré que la décision du Comité de discipline avait un lien rationnel avec cet objectif en raison, notamment, de la position importante du juge dans le système judiciaire. Concernant l’atteinte minimale, après examen de la décision et de la sanction, la Cour d’appel a statué que, bien que cette dernière fût sévère, elle visait la manière dont M^e Doré avait critiqué le juge Boilard, sans en interdire l’expression elle-même :

La décision attaquée me semble mesurée et constitue, en l’espèce, une application correcte de l’article 2.03

application of section 2.03 of the *Code of ethics*. The sanction is significant (suspension of the right to practice for twenty-one days). It also involves the stigma attached to disciplinary guilt. It is not, however, unreasonable. In my view, it is a measured sanction of a lawyer who has been found guilty of a serious ethical offence. [para. 47]

It concluded by finding that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

Analysis

[22] Mr. Doré's argument rests on his assertion that the finding of a breach of the *Code of ethics* violates the expressive rights protected by s. 2(b) of the *Charter*. Because the 21-day suspension had already been served when he was before the Court of Appeal, he did not appeal the penalty. The reasonableness of its length, therefore, is not before us.

[23] It is clear from the decisions of the Tribunal and the reviewing courts in this case that there is some confusion about the appropriate framework to be applied in reviewing administrative decisions for compliance with *Charter* values. Some courts have used the same s. 1 *Oakes* analysis used for determining whether a law complies with the *Charter*; others have used a classic judicial review approach.

[24] It goes without saying that administrative decision-makers must act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values (see *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 71; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, at paras. 19-23; and *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at paras. 62-75). The question then is what framework should be used to scrutinize how those values were applied?

[25] In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, Lamer J., in his concurring

d[u] *Code de déontologie*. La sanction est importante (suspension du droit de pratique durant 21 jours). Elle comporte également le stigmate attaché à la culpabilité disciplinaire. Elle n'est toutefois pas déraisonnable. Elle m'apparaît empreinte de retenue à l'égard d'un avocat qui a commis une faute déontologique grave. [par. 47]

La Cour d'appel a conclu que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

Analyse

[22] M^e Doré fonde sa thèse sur sa prétention que le fait de conclure à une violation du *Code de déontologie* enfreint la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Puisque la radiation avait déjà pris fin lorsqu'il a été entendu par la Cour d'appel, M^e Doré n'a pas interjeté appel de la sanction. Nous n'avons donc pas à nous prononcer sur le caractère raisonnable de sa durée.

[23] Il ressort clairement des décisions du Tribunal et des cours qui ont procédé à la révision judiciaire en l'espèce qu'une certaine confusion entoure la question du cadre d'analyse applicable pour examiner la conformité des décisions administratives aux valeurs consacrées par la *Charte*. Certaines cours de justice ont eu recours au cadre d'analyse fondé sur l'article premier élaboré dans *Oakes*, qui sert à juger de la conformité des lois à la *Charte*, tandis que d'autres ont appliqué l'approche classique de la révision judiciaire.

[24] Il va sans dire que les décideurs administratifs doivent agir de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* (voir *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 71; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, par. 19-23; et *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 62-75). La question est donc celle de savoir quel cadre d'analyse il faut utiliser pour examiner l'application de ces valeurs.

[25] Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer a

reasons, said that the *Charter* applied to a labour adjudicator's decision and used the s. 1 framework developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to determine if the decision complied with the *Charter*. Writing for the majority, Dickson C.J. agreed with Lamer J. that the *Charter* applied to administrative decision-making. But while he applied the *Oakes* framework, he notably and presciently observed that “[t]he precise relationship between the traditional standard of administrative law review of patent unreasonableness and the new constitutional standard of review will be worked out in future cases” (p. 1049 (emphasis added)).

[26] Yet the approach taken in *Slaight* can only be properly understood in its context. Importantly, when Lamer J. held that discretionary administrative decisions implicating *Charter* values should be reviewed under the *Oakes* analysis, he did so in the context of the perceived inability of administrative law to deal with *Charter* infringements in the exercise of discretion. This concern permeates the reasons in *Slaight*. As Prof. Geneviève Cartier has noted:

... while Lamer J thought the administrative law standard was ill-suited to *Charter* challenges because of its inability to inquire into the substance of discretionary decisions, Dickson CJ thought it was ill-suited because of its inability to properly unravel the value inquiries involved in any *Charter* litigation.

(“The *Baker* Effect: A New Interface Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and Administrative Law — The Case of Discretion”, in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (2004), 61, at p. 68)

[27] The approach taken in *Slaight* attracted academic concern from administrative law scholars.

affirmé, dans des motifs concordants, que la décision rendue par un arbitre du travail était assujettie à la *Charte*. Il s'est, en outre, servi du cadre d'analyse fondé sur l'article premier élaboré dans *Oakes* pour apprécier la conformité à la *Charte* de la sentence arbitrale en cause dans cette affaire. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge en chef Dickson a jugé, comme le juge Lamer, que les décisions administratives étaient assujetties à la *Charte*. Cela étant dit, tout en recourant au cadre d'analyse établi dans *Oakes*, il a notamment souligné, faisant en cela preuve de prescience, que « [l]e rapport précis entre la norme traditionnelle de contrôle, en droit administratif, du caractère déraisonnable manifeste et la nouvelle norme constitutionnelle de contrôle va se dégager de la jurisprudence à venir » (p. 1049 (je souligne)).

[26] Or, l'approche adoptée dans *Slaight* ne peut être correctement interprétée que dans son contexte. Fait important, c'est devant ce qui semblait être l'incapacité du droit administratif de traiter des violations de la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le juge Lamer a jugé que les décisions administratives de nature discrétionnaire, mettant en cause les valeurs consacrées par la *Charte*, devraient être révisées en appliquant le cadre d'analyse élaboré dans *Oakes*. Cette conclusion imprègne l'ensemble des motifs formulés dans *Slaight*. Comme la professeure Geneviève Cartier l'a souligné :

[TRADUCTION] ... bien que, selon le juge Lamer, la norme de droit administratif ne soit pas adaptée aux contestations fondées sur la *Charte*, parce qu'elle ne permet pas d'examiner à fond les décisions de nature discrétionnaire, le juge en chef Dickson a estimé qu'elle n'est pas adaptée parce qu'elle ne permet pas de décortiquer adéquatement l'examen des valeurs que comportent les litiges intéressant la *Charte*.

(« The *Baker* Effect : A New Interface Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and Administrative Law — The Case of Discretion », dans David Dyzenhaus, dir., *The Unity of Public Law* (2004), 61, p. 68)

[27] L'approche adoptée dans l'arrêt *Slaight* a suscité des préoccupations chez les universitaires

Prof. John Evans argued that if courts were too quick to bypass administrative law in favour of the *Charter*, “a rich source of thought and experience about law and government will be overlooked or lost altogether” (“The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law” (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, at p. 73). Similarly, Prof. Cartier suggested that the *Slaight* approach reduced the role of administrative law to the “formal determination of jurisdiction on the basis of statutory interpretation”, which prevented the control of discretion with reference to “values” and presented “an impoverished picture of administrative law” (pp. 68-69).

[28] The scope of the review of discretionary administrative decisions that provided the backdrop for the decision in *Slaight* was altered by this Court’s decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 65. In that case, L’Heureux-Dubé J. concluded that administrative decision-makers were required to take into account fundamental Canadian values, including those in the *Charter*, when exercising their discretion (*Baker*, at paras. 53-56).

[29] Building on the decision in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*C.U.P.E.*”), *Baker* represented a further shift away from Diceyan principles. By recognizing that administrative decision-makers are both bound by fundamental values and empowered to adjudicate them, *Baker* ceded interpretive authority on those issues to those decision-makers (David Dyzenhaus and Evan Fox-Decent, “Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada*” (2001), 51 *U.T.L.J.* 193, at p. 240). This allows the *Charter* to “nurture” administrative law, by emphasizing that *Charter* values infuse the inquiry (Cartier, at pp. 75 and 86; see also Mary Liston, “Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative

spécialisés en droit administratif. Le professeur John Evans a soutenu que si les tribunaux étaient trop prompts à esquiver le droit administratif au profit d’analyses fondées sur la *Charte*, [TRADUCTION] « une source précieuse de connaissances et d’expériences en matière de droit et de gouvernance ne sera pas prise en compte ou sera complètement perdue » (« The Principles of Fundamental Justice : The Constitution and the Common Law » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, p. 73). Dans le même ordre d’idées, la professeure Cartier a affirmé que l’approche préconisée dans *Slaight* réduisait le rôle du droit administratif à [TRADUCTION] « déterminer la compétence de façon formelle en fonction de l’interprétation des lois », et que cela empêche la révision de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les « valeurs » et donne « une image appauvrie du droit administratif » (p. 68-69).

[28] La portée de la révision des décisions administratives de nature discrétionnaire qui a servi de toile de fond à la décision rendue dans *Slaight* a été modifiée par la décision de la Cour dans l’affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65. Dans cet arrêt, la juge L’Heureux-Dubé a conclu que les décideurs administratifs devaient tenir compte des valeurs canadiennes fondamentales, notamment celles consacrées par la *Charte*, lorsqu’ils exercent leur pouvoir discrétionnaire (*Baker*, par. 53-56).

[29] Fort de la décision rendue dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »), l’arrêt *Baker* s’est davantage écarté des principes énoncés par Dicey. En reconnaissant que les décideurs administratifs sont à la fois liés par des valeurs fondamentales et habilités à statuer sur elles, *Baker* leur a cédé le pouvoir d’interprétation quant à ces questions (David Dyzenhaus et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Process/Substance Distinction : *Baker v. Canada* » (2001), 51 *U.T.L.J.* 193, p. 240). La *Charte* peut ainsi [TRADUCTION] « favoriser le développement » du droit administratif en mettant l’accent pour que les valeurs qu’elle consacre infusent l’enquête (Cartier, p. 75 et 86;

State”, in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 77, at p. 100; Susan L. Gratton and Lorne Sossin, “In Search of Coherence: The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court”, in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade* (2011), 145, at pp. 157-58).

[30] When this is weighed together with this Court’s subsequent decisions, we see a completely revised relationship between the *Charter*, the courts, and administrative law than the one first encountered in *Slaight*. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Court held that judicial review should be guided by a policy of deference, justified on the basis of legislative intent, respect for the specialized expertise of administrative decision-makers, and recognition that courts do not have a monopoly on adjudication in the administrative state (para. 49). And in *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at paras. 78-82, building on the development of the jurisprudence, the Court found that administrative tribunals with the power to decide questions of law have the authority to apply the *Charter* and grant *Charter* remedies that are linked to matters properly before them.

[31] But, as predicted by Chief Justice Dickson, this Court has explored different ways to review the constitutionality of administrative decisions, vacillating between the values-based approach in *Baker* and the more formalistic template in *Slaight*. The s. 1 *Oakes* approach suggested by Lamer J., was followed in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States*

voir également Mary Liston, « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », dans Colleen M. Flood et Lorne Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2008), 77, p. 100; Susan L. Gratton et Lorne Sossin, « In Search of Coherence : The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court », dans David A. Wright et Adam M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade* (2011), 145, p. 157-58).

[30] Lorsque l’affirmation qui précède est appréciée au regard des décisions ultérieures de la Cour, nous entrevoyons une relation entre la *Charte*, les tribunaux et le droit administratif complètement différente de celle dont il a été question pour la première fois dans *Slaight*. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a conclu que la révision judiciaire doit être orientée par une politique de retenue justifiée par le respect de la volonté du législateur, le respect de l’expertise spécialisée que possèdent les décideurs administratifs et la reconnaissance que les cours de justice n’ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions dans le domaine administratif (par. 49). Dans *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 78-82, s’appuyant sur l’évolution de la jurisprudence, la Cour a conclu que les tribunaux administratifs dotés du pouvoir de trancher des questions de droit ont le pouvoir d’appliquer la *Charte* et d’accorder les réparations qu’autorise cette dernière dans les affaires dont ils sont régulièrement saisis.

[31] Cela étant dit, depuis, comme l’avait prédit le juge en chef Dickson, notre Cour a exploré différentes méthodes d’examen de la constitutionnalité des décisions administratives. Elle a oscillé entre, d’une part, l’approche fondée sur les valeurs préconisées dans *Baker* et, d’autre part, le modèle plus formaliste préconisé dans *Slaight*. L’approche proposée par le juge Lamer dans *Oakes* et fondée sur l’article premier a été suivie dans *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*,

v. *Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442.

[32] Other cases, and particularly recently, have instead applied an administrative law/judicial review analysis in assessing whether the decision-maker took sufficient account of *Charter* values. This approach is seen in *Baker; Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Chamberlain; Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72; *Pinet; Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Criminal Lawyers' Association*; and *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281.

[33] The last decision of this Court to use the full s. 1 *Oakes* approach to determine whether the exercise of statutory discretion complied with the *Charter* was *Multani*. The academic commentary that followed was consistently critical. In brief, it generally argued that the use of a strict s. 1 analysis reduced administrative law to having a formal role in controlling the exercise of discretion (see Gratton and Sossin, at p. 157; David Mullan, “Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani*” (2006), 21 *N.J.C.L.* 127; Stéphane Bernatchez, “Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?” (2010), 55 *McGill L.J.* 641).

[34] Since then, and largely as a result of the revised administrative law template found in *Dunsmuir*, this Court appears to have moved away from *Multani*, leading to the suggestion that it may have “decided to start from ground zero in building coherence in public law” (Gratton and Sossin,

[1997] 3 R.C.S. 624, *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283 et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442.

[32] Dans d'autres affaires, plus particulièrement des affaires récentes, c'est plutôt l'analyse droit administratif/révision judiciaire qui a été effectuée pour déterminer si le décideur a pris suffisamment compte des valeurs consacrées par la *Charte*. C'est cette approche qui a été privilégiée dans *Baker, Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, *Chamberlain; Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72, *Pinet; Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, *Criminal Lawyers' Association*, et *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281.

[33] C'est dans *Multani* que notre Cour a utilisé pour la dernière fois l'analyse intégrale fondée sur l'article premier élaborée dans *Oakes* pour juger de la conformité à la *Charte* de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. La doctrine qui a suivi a été uniformément critique. En somme, les auteurs, pour la plupart, ont fait valoir que le recours à une analyse fondée strictement sur l'art. 1 réduisait le droit administratif à un rôle formel dans le contexte de la révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire (voir Gratton et Sossin, p. 157; David Mullan, « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127; Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641).

[34] Depuis le prononcé de cet arrêt, et en grande partie à cause de la révision du modèle d'analyse des décisions administratives opérée par *Dunsmuir*, notre Cour semble s'être écartée de *Multani*, ce qui laisse croire qu'elle a peut-être [TRADUCTION] « décidé de faire table rase avant d'établir une

at p. 161). Today, the Court has two options for reviewing discretionary administrative decisions that implicate *Charter* values. The first is to adopt the *Oakes* framework, developed for reviewing laws for compliance with the Constitution. This undoubtedly protects *Charter* rights, but it does so at the risk of undermining a more robust conception of administrative law. In the words of Prof. Evans, if administrative law is bypassed for the *Charter*, “a rich source of thought and experience about law and government will be overlooked” (p. 73).

[35] The alternative is for the Court to embrace a richer conception of administrative law, under which discretion is exercised “in light of constitutional guarantees and the values they reflect” (*Multani*, at para. 152, *per* LeBel J.). Under this approach, it is unnecessary to retreat to a s. 1 *Oakes* analysis in order to protect *Charter* values. Rather, administrative decisions are *always* required to consider fundamental values. The *Charter* simply acts as “a reminder that some values are clearly fundamental and . . . cannot be violated lightly” (Cartier, at p. 86). The administrative law approach also recognizes the legitimacy that this Court has given to administrative decision-making in cases such as *Dunsmuir* and *Conway*. These cases emphasize that administrative bodies are empowered, and indeed required, to consider *Charter* values within their scope of expertise. Integrating *Charter* values into the administrative approach, and recognizing the expertise of these decision-makers, opens “an institutional dialogue about the appropriate use and control of discretion, rather than the older command-and-control relationship” (Liston, at p. 100).

nouvelle cohérence en droit public » (Gratton et Sossin, p. 161). Aujourd’hui, la Cour a deux options quant à la révision des décisions administratives de nature discrétionnaire qui soulèvent des questions relatives aux valeurs consacrées par la *Charte*. La première consiste à adopter le cadre d’analyse décrit dans *Oakes* et élaboré pour examiner la constitutionnalité des lois. Cette approche protège indéniablement les droits visés par la *Charte*, mais elle le fait au détriment d’une conception plus riche du droit administratif. Comme l’exprime le professeur Evans, si les tribunaux étaient trop prompts à esquiver le droit administratif au profit de la *Charte*, [TRADUCTION] « une source précieuse de connaissances et d’expériences en matière de droit et de gouvernance ne sera pas prise en compte ou sera complètement perdue » (p. 73).

[35] En choisissant plutôt la seconde option, la Cour donnerait son aval à cette conception plus riche du droit administratif en vertu de laquelle le pouvoir discrétionnaire est exercé « à l’aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci » (*Multani*, par. 152, le juge LeBel). Cette approche n’exige pas de se rabattre sur l’analyse requise par l’article premier telle qu’elle a été établie dans *Oakes* pour protéger les valeurs consacrées par la *Charte*; elle suppose plutôt que les décisions administratives prennent *toujours* en considération les valeurs fondamentales. La *Charte* n’agit alors que comme [TRADUCTION] « un rappel que certaines valeurs sont manifestement fondamentales et [. . .] ne peuvent être violées à la légère » (Cartier, p. 86). L’approche du droit administratif reconnaît, en outre, la légitimité que la Cour a donnée à la prise de décisions administratives dans des arrêts tels *Dunsmuir* et *Conway*. Ces derniers soulignent que les organismes administratifs ont le pouvoir, et même le devoir, de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* dans leur domaine d’expertise. Intégrer ces valeurs dans l’approche qui préconise l’application des règles de droit administratif et reconnaître l’expertise des décideurs administratifs instaure [TRADUCTION] « un dialogue institutionnel quant à l’utilisation qui doit être faite du pouvoir discrétionnaire et quant à la révision appropriée de son exercice plutôt que de faire appel à la relation plus ancienne d’autorité et de contrôle » (Liston, p. 100).

[36] As explained by Chief Justice McLachlin in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, the approach used when reviewing the constitutionality of a law should be distinguished from the approach used for reviewing an administrative decision that is said to violate the rights of a particular individual (see also Bernatchez). When *Charter* values are applied to an individual administrative decision, they are being applied in relation to a particular set of facts. *Dunsmuir* tells us this should attract deference (para. 53; see also *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 39). When a particular “law” is being assessed for *Charter* compliance, on the other hand, we are dealing with principles of general application.

[37] The more flexible administrative approach to balancing *Charter* values is also more consistent with the nature of discretionary decision-making. Some of the aspects of the *Oakes* test are, in any event, poorly suited to the review of discretionary decisions, whether of judges or administrative decision-makers. For instance, the requirement under s. 1 that a limit be “prescribed by law” has been held by this Court to apply to norms where “their adoption is authorized by statute, they are binding rules of general application, and they are sufficiently accessible and precise to those to whom they apply” (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 53).

[38] Moreover, when exercising discretion under a provision or statutory scheme whose constitutionality is not impugned, it is conceptually difficult to see what the “pressing and substantial” objective of a decision is, or who would have the burden of defining and defending it.

[36] Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, l’examen de la constitutionnalité d’une loi doit être différent de la révision d’une décision administrative qui est contestée parce qu’elle porterait atteinte aux droits d’un individu en particulier (voir également Bernatchez). Lorsque les valeurs consacrées par la *Charte* sont appliquées à une décision administrative particulière, elles sont appliquées relativement à un ensemble précis de faits. *Dunsmuir* nous dit que la retenue s’impose dans un tel cas (par. 53; voir aussi *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 39). Par contre, lorsqu’on vérifie si une « loi » particulière respecte la *Charte*, il est question de principes d’application générale.

[37] L’approche plus souple du droit administratif pour mettre en balance les valeurs consacrées par la *Charte* est également plus compatible avec la nature de la prise de décision qui découle de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Quoi qu’il en soit, certains aspects du test élaboré dans *Oakes* conviennent peu à la révision des décisions prises à la suite de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, qu’elles aient été prises par des juges ou par des décideurs administratifs. Par exemple, la Cour a jugé que l’exigence de l’article premier selon laquelle la restriction doit découler de l’application d’une « règle de droit » s’applique à des normes dont l’« adoption est autorisée par une loi, [des normes, en outre,] obligatoires et d’application générale et [. . .] suffisamment accessibles et précis[es] pour ceux qui y sont assujettis. » (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 53).

[38] En outre, lorsqu’un décideur exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère une disposition législative ou un régime légal dont la constitutionnalité n’est pas contestée, il est difficile, d’un point de vue conceptuel, d’imaginer ce qui pourrait constituer l’objectif « urgent et réel » d’une décision ou de savoir qui devrait assumer le fardeau de le définir et de le défendre.

[39] This Court has already recognized the difficulty of applying the *Oakes* framework beyond the context of reviewing a law or other rule of general application. This has been the case in applying *Charter* values to the common law, “where there is no specific enactment that can be examined in terms of objective, rational connection, least drastic means and proportionate effect” (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at section 38.15). In *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, for example, in assessing the common law rule relating to establishing intent under extreme intoxication, the Court held that no *Oakes* analysis was required when reviewing a common law rule for compliance with *Charter* values:

If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person’s right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court’s simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter*. Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. [pp. 93-94, citing *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 978.]

[40] In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, this Court explicitly rejected the use of the s. 1 *Oakes* framework in developing the common law of defamation for two reasons. First, when interpreting a common law rule, there is no violation of a *Charter* right, but a conflict between principles, so “the balancing must be more flexible than the traditional s. 1 analysis”, with *Charter* values providing the guidelines for any modification to the common law (para. 97). Second, the Court noted that “the division of onus which normally operates in a *Charter* challenge” was not appropriate for private litigation under the common law, as the party seeking to change the

[39] La Cour a déjà reconnu la difficulté que pose l’application du cadre d’analyse formulé dans *Oakes* au-delà du contexte de la révision d’une loi ou d’un autre type de règles de droit d’application générale. Le défi s’est posé lorsqu’il s’est agi d’appliquer les valeurs protégées par la *Charte* à la common law [TRADUCTION] « qui ne recèle aucun texte réglementaire qui puisse être examiné en terme d’objectif, de lien rationnel, d’atteinte minimale et d’effet proportionnel » (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, par. 38.15). Dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, par exemple, la Cour devait évaluer la règle de common law relative à l’établissement de l’existence de l’intention dans le cas d’une intoxication extrême. Elle a conclu qu’il n’était pas nécessaire de procéder à l’analyse prescrite par *Oakes* dans le contexte de la révision d’une règle de common law pour s’assurer de sa conformité aux valeurs consacrées par la *Charte* :

S’il est possible d’énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l’accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n’ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l’ancienne, sans chercher à savoir si l’ancienne règle pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l’article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l’égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n’est pas en cause. S’il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu’elle ne s’oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. [p. 93-94, citant *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978.]

[40] Dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, la Cour a explicitement rejeté, pour deux raisons, l’utilisation du cadre d’analyse formulé dans *Oakes* lorsqu’il s’est agi d’élaborer la common law en matière de diffamation. Premièrement, quand il est question d’interpréter une règle de common law, il n’y a pas de violation d’un droit visé par la *Charte*, mais plutôt un conflit entre deux principes, de sorte que, d’une part, « la pondération doit être plus souple que l’analyse traditionnelle effectuée en vertu de l’article premier » et que, d’autre part, les valeurs consacrées par la *Charte* offrent alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law

common law should not be allowed to benefit from a reverse onus (para. 98). As a result, the Court went on to “consider the common law of defamation in light of the values underlying the *Charter*” (para. 99). And in *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, the Court relied on *Charter* values in introducing the new defence of responsible communication on matters of public interest to the law of defamation, without engaging in an *Oakes* analysis.

[41] A further example is found in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, where the Court dealt with the common law of secondary picketing. After concluding that freedom of expression was engaged, the Court did not embark on an *Oakes* analysis. Instead, it found that the appropriate question was “which approach [to regulating secondary picketing] best balances the interests at stake in a way that conforms to the fundamental values reflected in the *Charter*?” (para. 65).

[42] Though each of these cases engaged *Charter* values, the Court did not see the *Oakes* test as the vehicle for balancing whether those values were taken into sufficient account. The same is true, it seems to me, in the administrative law context, where decision-makers are called upon to exercise their statutory discretion in accordance with *Charter* protections.

[43] What is the impact of this approach on the standard of review that applies when assessing the compliance of an administrative decision with *Charter* values? There is no doubt that when a tribunal is determining the constitutionality of a law,

(par. 97). Deuxièmement, la Cour a souligné que « le partage habituel du fardeau dans [une] contestation [. . .] fondée sur la *Charte* » ne convenait pas pour un litige privé en common law puisque la partie qui cherche à faire modifier la common law ne devrait pas pouvoir profiter d’un renversement du fardeau de la preuve (par. 98). La Cour a donc examiné « la common law de la diffamation à la lumière des valeurs de la *Charte* » (par. 99). De plus, dans *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, la Cour s’est fondée sur les valeurs consacrées par la *Charte* pour introduire dans le droit relatif à la diffamation le nouveau moyen de défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public, et ce, sans faire intervenir l’analyse élaborée dans *Oakes*.

[41] L’arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, est un autre exemple de décision allant en ce sens. Il s’agit de l’affaire où la Cour a traité de la notion de common law de piquetage secondaire. Or, après avoir conclu que la liberté d’expression était en jeu, elle n’a pas procédé à l’analyse décrite dans *Oakes*. Elle a plutôt conclu que la question qu’il fallait se poser était celle de savoir quelle est « l’approche [pour régir le piquetage secondaire] qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d’une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte* » (par. 65).

[42] Ainsi, même si toutes ces causes mettaient en jeu des valeurs consacrées par la *Charte*, la Cour n’a pas jugé bon d’utiliser le test élaboré dans *Oakes* pour décider si ces valeurs avaient été suffisamment prises en compte. Il en va de même, à mon avis, dans le contexte du droit administratif, où les décideurs sont appelés à exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi en s’assurant de protéger les droits visés par la *Charte*.

[43] Quel est l’effet de cette approche sur la norme de révision applicable à l’appréciation de la conformité d’une décision administrative aux valeurs consacrées par la *Charte*? Il ne fait aucun doute que la décision d’un tribunal administratif au sujet

the standard of review is correctness (*Dunsmuir*, at para. 58). It is not at all clear to me, however, based on this Court's jurisprudence, that correctness should be used to determine whether an administrative decision-maker has taken sufficient account of *Charter* values in making a discretionary decision.

[44] This Court elaborated on the applicable standard of review to legal disciplinary panels in the pre-*Dunsmuir* decision of *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, where Iacobucci J. adopted a reasonableness standard in reviewing a sanction imposed for professional misconduct:

Although there is a statutory appeal from decisions of the Discipline Committee, the expertise of the Committee, the purpose of its enabling statute, and the nature of the question in dispute all suggest a more deferential standard of review than correctness. These factors suggest that the legislator intended that the Discipline Committee of the self-regulating Law Society should be a specialized body with the primary responsibility to promote the objectives of the Act by overseeing professional discipline and, where necessary, selecting appropriate sanctions. In looking at all the factors as discussed in the foregoing analysis, I conclude that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*. Thus, on the question of the appropriate sanction for professional misconduct, the Court of Appeal should not substitute its own view of the "correct" answer but may intervene only if the decision is shown to be unreasonable. [Emphasis added; para. 42.]

[45] It seems to me that applying the *Dunsmuir* principles results in reasonableness remaining the applicable review standard for disciplinary panels. The issue then is whether this standard should be different when what is assessed is the disciplinary body's application of *Charter* protections in the exercise of its discretion. In my view, the fact that *Charter* interests are implicated does not argue for a different standard.

de la constitutionnalité d'une loi s'examine suivant la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, par. 58). Cela étant dit, compte tenu de la jurisprudence de la Cour, il n'est pas du tout clair, selon moi, que c'est cette norme qu'il faut appliquer pour déterminer si un décideur administratif a suffisamment tenu compte des valeurs consacrées par la *Charte* en rendant une décision à la suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[44] La Cour a approfondi la question de la norme de contrôle applicable aux décisions d'organismes disciplinaires dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, antérieur à *Dunsmuir*, et le juge Iacobucci y a retenu la norme de la décision raisonnable pour l'examen de la sanction infligée à l'égard d'une faute professionnelle :

Bien que la loi prévoit un droit d'appel des décisions du comité de discipline, l'expertise du comité, l'objet de sa loi habilitante et la nature de la question en litige militent tous en faveur d'un degré plus élevé de déférence que la norme de la décision correcte. Ces facteurs indiquent que le législateur voulait que le comité de discipline du barreau autonome soit un organisme spécialisé ayant comme responsabilité primordiale la promotion des objectifs de la Loi par la surveillance disciplinaire de la profession et, au besoin, le choix de sanctions appropriées. Compte tenu de l'ensemble des facteurs pris en compte dans l'analyse qui précède, je conclus que la norme appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Par conséquent, sur la question de la sanction appropriée pour le manquement professionnel, la Cour d'appel ne devrait pas substituer sa propre opinion quant à la réponse « correcte » et ne peut intervenir que s'il est démontré que la décision est déraisonnable. [Je souligne; par. 42.]

[45] Je suis d'avis que, si on applique les principes établis dans *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable reste celle à laquelle il faut recourir pour réviser les décisions des comités de discipline. Il s'agit donc de se demander si c'est une norme différente dont les tribunaux doivent se servir lorsque l'analyse porte sur l'application par l'organisme disciplinaire des garanties visées par la *Charte* dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. À mon avis, il n'y a pas lieu d'appliquer une norme différente du fait que la *Charte* est en cause.

[46] The starting point is the expertise of the tribunals in connection with their home statutes. Citing Prof. David Mullan, *Dunsmuir* confirmed the importance of recognizing that

those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime

(para. 49, citing “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93.)

And, as Prof. Evans has noted, the “reasons for judicial restraint in reviewing agencies’ decisions on matters in which their expertise is relevant do not lose their cogency simply because the question in issue also has a constitutional dimension” (p. 81).

[47] An administrative decision-maker exercising a discretionary power under his or her home statute, has, by virtue of expertise and specialization, particular familiarity with the competing considerations at play in weighing *Charter* values. As the Court explained in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, adopting the observations of Prof. Danielle Pinard:

[TRANSLATION] . . . administrative tribunals have the skills, expertise and knowledge in a particular area which can with advantage be used to ensure the primacy of the Constitution. Their privileged situation as regards the appreciation of the relevant facts enables them to develop a functional approach to rights and freedoms as well as to general constitutional precepts.

(p. 605, citing “Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu’ils jugent inconstitutionnels” (1987-88), *McGill L.J.* 170, at pp. 173-74.)

[48] This case, among others, reflected the increasing recognition by this Court of the distinct advantage that administrative bodies have in applying the *Charter* to a specific set of facts and in the

[46] Le premier point à considérer est l’expertise des tribunaux administratifs concernant leur loi constitutive. L’arrêt *Dunsmuir*, citant le professeur David Mullan, a confirmé qu’il importait de reconnaître que

[TRANSLATION] les personnes qui se consacrent quotidiennement à l’application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l’égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause

(par. 49, citant « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93.)

Comme le professeur Evans l’a souligné, les [TRANSLATION] « motifs invoqués pour faire montre de retenue dans le cadre de l’examen des décisions d’organismes relatives à leur champ d’expertise ne perdent pas leur bien-fondé du seul fait que la question en litige comporte également une dimension constitutionnelle » (p. 81).

[47] Le décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de par son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*. Comme la Cour l’a expliqué en faisant siens les commentaires de la professeure Danielle Pinard dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 :

. . . les tribunaux administratifs possèdent une compétence, une expertise et une connaissance d’un milieu particulier qu’ils pourraient avantageusement mettre au service de la mise en œuvre de la primauté de la Constitution. Leur position privilégiée quant à l’appréhension des faits pertinents leur permet d’élaborer une approche fonctionnelle des droits et libertés tout comme des préceptes constitutionnels généraux.

(p. 605, citant « Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu’ils jugent inconstitutionnels » (1987-88), *R.D. McGill* 170, p. 173-74.)

[48] Cette cause, entre autres, a illustré que la Cour reconnaît de plus en plus la position privilégiée qu’occupent les tribunaux administratifs en matière d’application de la *Charte* à un ensemble

context of their enabling legislation (see *Conway*, at paras. 79-80). As Major J. noted in dissent in *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, tailoring the *Charter* to a specific situation “is more suited to a tribunal’s special role in determining rights on a case by case basis in the tribunal’s area of expertise” (para. 64; see also *C.U.P.E.*, at pp. 235-36).

[49] These principles led the Court to apply a reasonableness standard in *Chamberlain*, where McLachlin C.J. found that a school board had acted unreasonably in refusing to approve the use of books depicting same-sex parented families. She held that the board had failed to respect the “values of accommodation, tolerance and respect for diversity” which were incorporated into its enabling legislation and “reflected in our Constitution’s commitment to equality and minority rights” (para. 21). Similarly, in *Pinet*, Binnie J. used a reasonableness standard to review, for compliance with s. 7 of the *Charter*, a decision of the Ontario Review Board to return the appellant to a maximum security hospital, observing that a reasonableness review best reflected “the expertise of the members appointed to Review Boards” (para. 22). The purpose of the exercise was to determine whether the decision was “the least onerous and least restrictive” of the liberty interests of the appellant while considering “public safety, the mental condition and other needs of the individual concerned, and his or her potential reintegration into society” (paras. 19 and 23). In *Pinet*, the test was laid out in the statute, but Binnie J. made it clear that the emphasis on the least infringing decision was a constitutional requirement.

[50] In *Lake*, where the Court was reviewing the Minister’s decision to surrender a Canadian citizen for extradition, implicating ss. 6(1) and 7 of the *Charter*, the Court again applied a reasonableness standard. LeBel J. held that deference is owed to the Minister’s decision, as the Minister is closer

particulier de faits dans le contexte de leur loi habilitante (voir *Conway*, par. 79-80). Comme le juge Major l’a signalé dans les motifs dissidents qu’il a signés dans *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, leur « fonction particulière de détermination des droits au cas par cas dans leur domaine de spécialisation placerait même plutôt les tribunaux administratifs en meilleure position » pour appliquer la *Charte* à une situation donnée (par. 64; voir aussi *S.C.F.P.*, p. 235-236).

[49] Ces principes ont amené la Cour à appliquer la norme de la décision raisonnable dans *Chamberlain*, où la juge en chef McLachlin a conclu que le refus d’un conseil scolaire d’approuver l’utilisation de manuels présentant des familles homoparentales était déraisonnable. Elle a jugé que le conseil n’avait pas respecté les « valeurs d’accommodement, de tolérance et de respect de la diversité » qui sont incorporées dans sa loi habilitante et qui « se traduisent par la protection constitutionnelle du droit à l’égalité et des droits des minorités » (par. 21). De même, dans *Pinet*, le juge Binnie a appliqué la norme de la décision raisonnable à l’examen de la conformité à l’art. 7 de la *Charte* de la décision de la Commission ontarienne d’examen de renvoyer l’appelant dans un hôpital à sécurité maximum, en signalant que c’est cette norme qui tient le mieux compte de « l’expertise des membres des commissions d’examen » (par. 22). Il s’agissait de juger si la décision était « [la] moins sévère et [la] moins privative » pour la liberté de l’appelant tout en tenant compte de « la sécurité du public, de l’état mental de l’individu en cause et de ses besoins, notamment sa réinsertion sociale éventuelle » (par. 19 et 23). Dans cette affaire, le critère était énoncé dans la loi, mais le juge Binnie a exposé clairement que la recherche de la décision la moins attentatoire était une exigence constitutionnelle.

[50] L’affaire *Lake* portait sur la révision d’une décision ministérielle d’extradition visant un citoyen canadien et faisant intervenir le par. 6(1) et l’art. 7 de la *Charte*. Là encore, la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable. Le juge LeBel a déclaré qu’il y a lieu, en raison de l’expertise du

to the relevant facts required to balance competing considerations and benefits from expertise:

This Court has repeatedly affirmed that deference is owed to the Minister's decision whether to order surrender once a fugitive has been committed for extradition. The issue in the case at bar concerns the standard to be applied in reviewing the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights. Reasonableness is the appropriate standard of review for the Minister's decision, regardless of whether the fugitive argues that extradition would infringe his or her rights under the Charter. As is evident from this Court's jurisprudence, to ensure compliance with the *Charter* in the extradition context, the Minister must balance competing considerations, and where many such considerations are concerned, the Minister has superior expertise. The assertion that interference with the Minister's decision will be limited to exceptional cases of "real substance" reflects the breadth of the Minister's discretion; the decision should not be interfered with unless it is unreasonable (*Schmidt [Canada v. Schmidt]*, [1987] 1 S.C.R. 500) (for comments on the standards of correctness and reasonableness, see *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9). [Emphasis added; para. 34.]

[51] The alternative — adopting a correctness review in every case that implicates *Charter* values — will, as Prof. Mullan noted, essentially lead to courts "retrying" a range of administrative decisions that would otherwise be subjected to a reasonableness standard:

If correctness review becomes the order of the day in all *Charter* contexts, including the determination of factual issues and the application of the law to those facts, then what in effect can occur is that the courts will perforce assume the role of a *de novo* appellate body from all tribunals the task of which is to make decisions that of necessity have an impact on *Charter* rights and freedoms: Review Boards, Parole Boards, prison disciplinary tribunals, child welfare authorities, and the like. Whether that kind of judicial micro-managing of aspects of the administrative process should take place is a highly problematic question. [Emphasis added; p. 145.]

ministre et de sa proximité avec les faits pertinents, de déférer aux décisions de ce dernier pour la mise en balance des considérations opposées en jeu :

Notre Cour a confirmé à maintes reprises que la déférence s'imposait à l'endroit de la décision du ministre de prendre ou non un arrêté d'extradition une fois le fugitif incarcéré. Elle doit aujourd'hui déterminer quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif. Cette norme demeure celle de la raisonabilité, même lorsque le fugitif fait valoir que l'extradition porterait atteinte à ses droits constitutionnels. Il ressort de la jurisprudence de notre Cour que pour assurer le respect de la *Charte* dans le contexte d'une demande d'extradition, le ministre doit tenir compte de considérations opposées et possède à l'égard de bon nombre de celles-ci une plus grande expertise. L'affirmation selon laquelle les tribunaux n'interviendront que dans les cas exceptionnels où cela « s'impose réellement » traduit bien la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre. La décision ne doit en effet être modifiée que si elle est déraisonnable (*Schmidt [Canada c. Schmidt]*, [1987] 1 R.C.S. 500) (voir l'analyse de la norme de la décision correcte et de la norme de la décision raisonnable dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9. [Je souligne; par. 34.]

[51] Comme le signale le professeur Mullan, l'autre solution — soit celle qui consiste à appliquer la norme de la décision correcte chaque fois que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause — aurait essentiellement pour effet que des décisions administratives qui auraient autrement été révisées suivant la norme de la décision raisonnable seraient « jugées à nouveau » :

[TRADUCTION] Si tous les contextes relatifs à la *Charte* devaient commander l'examen de la justesse de la décision, même en ce qui concerne les questions de fait et l'application du droit aux conclusions de fait, cela pourrait avoir pour effet de conférer aux tribunaux judiciaires le rôle de cours d'appel *de novo* à l'égard de tous les tribunaux administratifs appelés à rendre des décisions qui toucheront immanquablement des droits ou libertés garantis par la *Charte*, tels les commissions de révision ou de libération conditionnelle, les comités de discipline de pénitenciers, les autorités de protection de l'enfance, etc. L'opportunité d'un tel interventionnisme judiciaire dans ces divers aspects du processus administratif est une question très délicate. [Je souligne; p. 145.]

[52] So our choice is between saying that every time a party argues that *Charter* values are implicated on judicial review, a reasonableness review is transformed into a correctness one, or saying that while both tribunals and courts can interpret the *Charter*, the administrative decision-maker has the necessary specialized expertise and discretionary power in the area where the *Charter* values are being balanced.

[53] The decisions of legal disciplinary bodies offer a good example of the problem of applying a correctness review whenever *Charter* values are implicated. Most breaches of art. 2.03 of the *Code of ethics* calling for “objectivity, moderation and dignity”, necessarily engage the expressive rights of lawyers. That would mean that most exercises of disciplinary discretion under this provision would be transformed from the usual reasonableness review to one for correctness.

[54] Nevertheless, as McLachlin C.J. noted in *Catalyst*, “reasonableness must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. It is an essentially contextual inquiry” (para. 18). Deference is still justified on the basis of the decision-maker’s expertise and its proximity to the facts of the case. Even where *Charter* values are involved, the administrative decision-maker will generally be in the best position to consider the impact of the relevant *Charter* values on the specific facts of the case. But both decision-makers and reviewing courts must remain conscious of the fundamental importance of *Charter* values in the analysis.

[52] Donc, nous avons le choix entre, d’une part, affirmer que, chaque fois qu’une partie prétend que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause dans le cadre d’une révision judiciaire, un examen suivant la norme de la décision correcte doit se substituer à celui suivant la norme de la décision raisonnable ou, d’autre part, affirmer que, bien que les tribunaux et les cours de justice puissent interpréter la *Charte*, le décideur administratif possède l’expertise particulière exigée et le pouvoir discrétionnaire voulu dans le domaine où les valeurs consacrées par la *Charte* sont mises en balance.

[53] Les décisions d’organismes disciplinaires qui œuvrent relativement aux professions juridiques fournissent un bon exemple des problèmes que pose la révision judiciaire suivant la norme de la décision correcte dès lors que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause. Le droit à la liberté d’expression des avocats est nécessairement en jeu dans la plupart des contraventions à l’art. 2.03 du *Code de déontologie*, qui exige que les avocats aient une conduite empreinte « d’objectivité, de modération et de dignité ». Il s’ensuit que la révision du caractère raisonnable normalement effectuée à l’égard de la plupart des décisions disciplinaires discrétionnaires fondées sur cette disposition deviendrait un contrôle de la justesse.

[54] Quoi qu’il en soit, comme la juge en chef McLachlin l’a souligné dans *Catalyst*, « le caractère raisonnable de la décision s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des facteurs pertinents. Il s’agit essentiellement d’une analyse contextuelle » (par. 18). Il continue donc à être justifié de faire preuve de déférence à l’endroit du décideur administratif compte tenu de son expertise et de sa proximité aux faits de la cause puisque, même quand les valeurs consacrées par la *Charte* sont en jeu, il sera généralement le mieux placé pour juger de l’incidence des valeurs pertinentes de ce type au regard des faits précis de l’affaire. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l’esprit l’importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.

[55] How then does an administrative decision-maker apply *Charter* values in the exercise of statutory discretion? He or she balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, the decision-maker should first consider the statutory objectives. In *Lake*, for instance, the importance of Canada's international obligations, its relationships with foreign governments, and the investigation, prosecution and suppression of international crime justified the *prima facie* infringement of mobility rights under s. 6(1) (para. 27). In *Pinet*, the twin goals of public safety and fair treatment grounded the assessment of whether an infringement of an individual's liberty interest was justified (para. 19).

[56] Then the decision-maker should ask how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives. This is where the role of judicial review for reasonableness aligns with the one applied in the *Oakes* context. As this Court recognized in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, "courts must accord some leeway to the legislator" in the *Charter* balancing exercise, and the proportionality test will be satisfied if the measure "falls within a range of reasonable alternatives". The same is true in the context of a review of an administrative decision for reasonableness, where decision-makers are entitled to a measure of deference so long as the decision, in the words of *Dunsmuir*, "falls within a range of possible, acceptable outcomes" (para. 47).

[57] On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the

[55] Comment un décideur administratif applique-t-il donc les valeurs consacrées par la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi? Il ou elle met en balance ces valeurs et les objectifs de la loi. Lorsqu'il procède à cette mise en balance, le décideur doit d'abord se pencher sur les objectifs en question. Dans *Lake*, par exemple, l'importance des obligations internationales du Canada, ses relations avec les gouvernements étrangers ainsi que l'enquête, la poursuite et la répression du crime à l'échelle internationale justifiait, *prima facie*, la violation de la liberté de circulation visée au par. 6(1) (par. 27). Dans *Pinet*, c'est le double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement équitable qui a fondé l'évaluation de la violation du droit à la liberté pour déterminer si elle était justifiée (par. 19).

[56] Ensuite, le décideur doit se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part. C'est à cette étape que le rôle de la révision judiciaire visant à juger du caractère raisonnable de la décision s'apparente à celui de l'analyse effectuée dans le contexte de l'application du test de l'arrêt *Oakes*. Comme la Cour l'a reconnu dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, « les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur » lorsqu'ils procèdent à une mise en balance au regard de la *Charte* et il sera satisfait au test de proportionnalité si la mesure « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables ». Il en est de même dans le contexte de la révision d'une décision administrative pour en évaluer le caractère raisonnable où il convient de faire preuve d'une certaine déférence à l'endroit des décideurs à condition que la décision, comme l'affirme la Cour dans *Dunsmuir*, « [appartienne] aux issues possibles acceptables » (par. 47).

[57] Dans le contexte d'une révision judiciaire, il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la

decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play. As LeBel J. noted in *Multani*, when a court is faced with reviewing an administrative decision that implicates *Charter* rights, “[t]he issue becomes one of proportionality” (para. 155), and calls for integrating the spirit of s. 1 into judicial review. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a “margin of appreciation”, or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives.

[58] If, in exercising its statutory discretion, the decision-maker has properly balanced the relevant *Charter* value with the statutory objectives, the decision will be found to be reasonable.

Application

[59] The *Charter* value at issue in this appeal is expression, and, specifically, how it should be applied in the context of a lawyer’s professional duties.

[60] At the relevant time, art. 2.03 of the *Code of ethics* (now modified as art. 2.00.01, O.C. 351-2004, (2004) 136 G.O. II, 1272) stated that “[t]he conduct of an advocate must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity”. This provision, whose constitutionality is not impugned before us, sets out a series of broad standards that are open to a wide range of interpretations. The determination of whether the actions of a lawyer violate art. 2.03 in a given case is left entirely to the Disciplinary Council’s discretion.

Charte et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte*. Comme le juge LeBel l’a souligné dans *Multani*, lorsqu’une cour est appelée à réviser une décision administrative qui met en jeu les droits protégés par la *Charte*, « [l]a question se réduit à un problème de proportionnalité » (par. 155) et requiert d’intégrer l’esprit de l’article premier dans la révision judiciaire. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d’analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l’examen du caractère raisonnable et le cadre d’analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une « marge d’appréciation » aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d’une part, et les objectifs plus larges, d’autre part.

[58] Si, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, le décideur a correctement mis en balance la valeur pertinente consacrée par la *Charte* et les objectifs visés par la loi, sa décision sera jugée raisonnable.

Application

[59] En l’espèce, la valeur en jeu consacrée par la *Charte* est la liberté d’expression et la question à trancher est, plus précisément, celle de savoir comment cette liberté devrait pouvoir s’exercer dans le contexte des obligations professionnelles de l’avocat.

[60] Au moment des faits, l’art. 2.03 du *Code de déontologie* (maintenant l’art. 2.00.01, décret 351-2004, (2004) 136 G.O. II, 1840) portait que « [l]a conduite de l’avocat doit être empreinte d’objectivité, de modération et de dignité ». Cette disposition, dont la constitutionnalité n’est pas attaquée devant nous, établit un ensemble de normes générales se prêtant à une multitude d’interprétations. La question de savoir si, dans un cas donné, la conduite d’un avocat contrevient à l’art. 2.03, est entièrement laissée à l’appréciation discrétionnaire du Comité de discipline.

[61] No party in this dispute challenges the importance of professional discipline to prevent incivility in the legal profession, namely “potent displays of disrespect for the participants in the justice system, beyond mere rudeness or discourtesy” (Michael Code, “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97, at p. 101; see also Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline* (5th ed. 2009), at p. 8-1). The duty to encourage civility, “both inside and outside the courtroom”, rests with the courts and with lawyers (*R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 83).

[62] As a result, rules similar to art. 2.03 are found in codes of ethics that govern the legal profession throughout Canada. The Canadian Bar Association’s *Code of Professional Conduct* (2009), for example, states that a “lawyer should at all times be courteous, civil, and act in good faith to the court or tribunal and to all persons with whom the lawyer has dealings in the course of an action or proceeding” (c. IX, at para. 16; see also Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (updated 2011), r. 6.03(5)).

[63] But in dealing with the appropriate boundaries of civility, the severity of the conduct must be interpreted in light of the expressive rights guaranteed by the *Charter*, and, in particular, the public benefit in ensuring the right of lawyers to express themselves about the justice system in general and judges in particular (MacKenzie, at p. 26-1; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.); and *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.)).

[64] In *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, where Steel J.A. upheld a disciplinary decision resulting from a lawyer’s criticism of a judge, the critical role played by lawyers in assuring the accountability of the judiciary was acknowledged:

[61] Nul ne conteste, en l’espèce, l’importance que revêtent les règles déontologiques pour la prévention de l’incivilité dans la profession juridique, à savoir [TRADUCTION] « les manifestations flagrantes d’irrespect pour les participants au système de justice, qui dépassent la simple impolitesse ou discourtoisie » (Michael Code, « Counsel’s Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97, p. 101; voir aussi Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline* (5^e éd. 2009), p. 8-1). C’est aux tribunaux et aux avocats qu’incombe le devoir de promouvoir la civilité [TRADUCTION] « tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de la salle d’audience » (*R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 83).

[62] On trouve donc des règles analogues à l’art. 2.03 dans tous les codes de déontologie régissant la profession juridique au Canada. Par exemple, le *Code de déontologie professionnelle* (2009) de l’Association du Barreau canadien énonce que « [l]’avocat doit faire preuve de courtoisie et de civilité et agir de bonne foi envers le tribunal judiciaire ou administratif et toutes les personnes avec qui il interagit en cours d’instance ou de procès » (ch. IX, par. 16; voir aussi le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada (mis à jour en 2011), règle 6.03(5)).

[63] Toutefois, lorsqu’il s’agit de déterminer quand un comportement passe les bornes de la civilité, il faut tenir compte du droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte* et, plus particulièrement, des avantages que procure à l’ensemble de la population l’exercice par les avocats du droit de s’exprimer au sujet du système de justice en général et au sujet des juges en particulier (MacKenzie, p. 26-1; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.); et *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.)).

[64] Dans *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, la juge Steel a maintenu une décision disciplinaire relative à la critique d’un juge par un avocat et a reconnu le rôle primordial qu’assument les avocats en matière de responsabilité judiciaire :

Not only should the judiciary be accountable and open to criticism, but lawyers play a very unique role in ensuring that accountability. As professionals with special expertise and officers of the court, lawyers are under a special responsibility to exercise fearlessness in front of the courts. They must advance their cases courageously, and this may result in criticism of proceedings before or decisions by the judiciary. The lawyer, as an intimate part of the legal system, plays a pivotal role in ensuring the accountability and transparency of the judiciary. To play that role effectively, he/she must feel free to act and speak without inhibition and with courage when the circumstances demand it. [Emphasis added; para. 71.]

[65] Proper respect for these expressive rights may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism. As the Ontario Court of Appeal observed in a different context in *Kopyto*, the fact that a lawyer is criticizing a judge, a tenured and independent participant in the justice system, may raise, not lower, the threshold for limiting a lawyer's expressive rights under the *Charter*. This does not by any means argue for an unlimited right on the part of lawyers to breach the legitimate public expectation that they will behave with civility.

[66] We are, in other words, balancing the fundamental importance of open, and even forceful, criticism of our public institutions with the need to ensure civility in the profession. Disciplinary bodies must therefore demonstrate that they have given due regard to the importance of the expressive rights at issue, both in light of an individual lawyer's right to expression and the public's interest in open discussion. As with all disciplinary decisions, this balancing is a fact-dependent and discretionary exercise.

[67] In this case, the 21-day suspension imposed on Mr. Doré is not before this Court, since Mr. Doré did not appeal it either to the Court of Appeal or to this Court. All we have been asked to determine is

[TRADUCTION] Non seulement les juges doivent-ils répondre de leurs actions et accepter la critique, mais les avocats jouent un rôle privilégié dans l'actualisation de cette responsabilité. En tant que professionnels spécialisés et officiers de justice, les avocats ont une obligation particulière d'intrépidité devant les tribunaux. Ils doivent plaider avec courage, ce qui peut les amener à critiquer le déroulement d'une instance ou une décision. Faisant partie intégrante du système de justice, les avocats jouent un rôle crucial dans l'actualisation de la responsabilité et de la transparence judiciaires. Pour s'acquitter efficacement de ce rôle, ils doivent se sentir libres d'agir et de parler sans contrainte et avec courage lorsque les circonstances l'exigent. [Je souligne; par. 71.]

[65] Il peut découler du respect qui est dû à ce droit à la liberté d'expression que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a signalé dans le contexte différent de l'arrêt *Kopyto*, le fait qu'un avocat critique un juge, un acteur indépendant et nommé à titre inamovible du système de justice, pourrait hausser, et non abaisser, le seuil au-delà duquel il convient de limiter l'exercice par un avocat du droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte*. Cela étant dit, il ne faut surtout pas voir là d'argument pour un droit illimité des avocats de faire fi de la civilité que la société est en droit d'attendre d'eux.

[66] Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance des droits d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[67] En l'espèce, la Cour n'est pas saisie de la sanction infligée à M^e Doré, soit une suspension de son droit de pratique durant 21 jours, puisque ce dernier n'en a pas fait appel ni en Cour d'appel ni

whether the Disciplinary Council's conclusion that a reprimand was warranted under art. 2.03 of the *Code of ethics* was a reasonable one. To make that assessment, we must consider whether this result reflects a proportionate application of the statutory mandate with Mr. Doré's expressive rights.

[68] Lawyers potentially face criticisms and pressures on a daily basis. They are expected by the public, on whose behalf they serve, to endure them with civility and dignity. This is not always easy where the lawyer feels he or she has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when a lawyer's equilibrium is unduly tested that he or she is particularly called upon to behave with transcendent civility. On the other hand, lawyers should not be expected to behave like verbal eunuchs. They not only have a right to speak their minds freely, they arguably have a duty to do so. But they are constrained by their profession to do so with dignified restraint.

[69] A reprimand for a lawyer does not automatically flow from criticizing a judge or the judicial system. As discussed, such criticism, even when it is expressed robustly, can be constructive. However in the context of disciplinary hearings, such criticism will be measured against the public's reasonable expectations of a lawyer's professionalism. As the Disciplinary Council found, Mr. Doré's letter was outside those expectations. His displeasure with Justice Boilard was justifiable, but the extent of the response was not.

[70] The Disciplinary Council recognized that a lawyer must have [TRANSLATION] "total liberty and independence in the defence of a client's rights", and "has the right to respond to criticism or remarks addressed to him by a judge", a right which the Council recognized "can suffer no

devant la Cour. Nous sommes uniquement appelés à déterminer si la conclusion du Comité de discipline selon laquelle il était justifié de le réprimander pour avoir contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie* était raisonnable. Pour procéder à cette évaluation, nous devons examiner si ce résultat est le fruit d'une mise en balance proportionnée du mandat légal et du droit de M^e Doré à la liberté d'expression.

[68] Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

[69] Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Comme nous en avons discuté, une telle critique, même exprimée sans ménagement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de M^e Doré ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge Boilard était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

[70] Le Comité de discipline a reconnu que « [d]ans la poursuite de la défense des droits d'un client, l'avocat doit pouvoir jouir d'une totale liberté et indépendance » et a « le droit [. . .] de répondre à des critiques ou des remarques qui lui sont adressées par un juge », un droit qui, comme

restrictions when it is a question of defending clients' rights before the courts" (paras. 68-70). It was also "conscious" of the fact that art. 2.03 may constitute a restriction on a lawyer's expressive rights (para. 79). But where, as here, the judge was called [TRANSLATION] "loathsome", arrogant and "fundamentally unjust" and was accused by Mr. Doré of "hid[ing] behind [his] status like a coward"; having a "chronic inability to master any social skills"; being "pedantic, aggressive and petty in [his] daily life"; having "obliterate[d] any humanity from [his] judicial position"; having "non-existent listening skills"; having a "propensity to use [his] court — where [he] lack[s] the courage to hear opinions contrary to [his] own — to launch ugly, vulgar, and mean personal attacks", which "not only confirms that [he is] as loathsome as suspected, but also casts shame on [him] as a judge"; and being "[un]able to face [his] detractors without hiding behind [his] judicial position", the Council concluded that the [TRANSLATION] "generally accepted norms of moderation and dignity" were "overstepped" (para. 86).

[71] In the circumstances, the Disciplinary Council found that Mr. Doré's letter warranted a reprimand. In light of the excessive degree of vituperation in the letter's context and tone, this conclusion cannot be said to represent an unreasonable balance of Mr. Doré's expressive rights with the statutory objectives.

[72] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Sophie Dormeau, Outremont.

l'a reconnu le Comité ne « prête à aucune concession lorsqu'il est question de défendre les droits des individus devant les tribunaux » (par. 68-70). Le Comité de discipline était aussi « conscient » du fait que l'art. 2.03 pouvait constituer une restriction à la liberté d'expression d'un avocat (par. 79). Mais lorsque, comme dans le cas présent, le juge a été traité d'« être exécration », arrogant et « foncièrement injuste », et a été accusé par M^e Doré de se « cach[er] lâchement derrière [son] statut », d'avoir une « incapacité chronique à maîtriser quelque aptitude sociale », d'« adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin dans [sa] vie de tous les jours », d'avoir « évacu[é] toute humanité de [sa] magistrature », d'avoir une « capacité d'écoute à toutes fins pratiques nulle », d'avoir une « propension à [se] servir de [sa] tribune — de laquelle [il] n'[a] pas le courage de faire face à l'expression d'opinions contraires aux [siennes] — pour [s']adonner à des attaques personnelles d'une mesquinerie à ce point repoussante qu'elles en sont vulgaires » ce qui « non seulement confirme [sic] l'être exécration qu'on devine mais encore, font de [sa] magistrature une honte », et d'être incapable « en l'absence de [son] paravent judiciaire, [. . .] de faire face à [ses] détracteurs », le Comité de discipline a conclu que « la norme de modération et de dignité généralement acceptée » a été « outrepassée » (par. 86).

[71] Dans les circonstances, le Comité de discipline a conclu que la lettre de M^e Doré justifiait qu'il fasse l'objet d'une réprimande. À la lumière du degré excessif de vitupération dans le contenu de la lettre et de son ton, on ne peut prétendre que cette conclusion est le fruit d'une mise en balance déraisonnable du droit à la liberté d'expression de M^e Doré, d'une part, et des objectifs visés par la loi, d'autre part.

[72] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant : Sophie Dormeau, Outremont.

Solicitors for the respondent Pierre Bernard, in his capacity as Assistant Syndic of the Barreau du Québec: Mercier Leduc, Montréal.

Solicitor for the respondents Tribunal des professions and the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: BCF, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the intervener the Young Bar Association of Montreal: Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

Procureurs de l'intimé Pierre Bernard, ès qualités de syndic adjoint du Barreau du Québec : Mercier Leduc, Montréal.

Procureur des intimés le Tribunal des professions et le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : BCF, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal : Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

Manasie Ipeelee *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions and
Aboriginal Legal Services of Toronto
Inc.** *Intervenors*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Frank Ralph Ladue *Respondent*

and

**British Columbia Civil Liberties
Association and Canadian Civil Liberties
Association** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. IPEELEE

2012 SCC 13

File Nos.: 33650, 34245.

2011: October 17; 2012: March 23.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR
ONTARIO AND BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Breach of condition of long-term supervision order — Principles governing sentencing of Aboriginal offenders — Whether principles outlined in R. v. Gladue apply to breach of long-term supervision order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2(e).

Manasie Ipeelee *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales et
Aboriginal Legal Services of Toronto
Inc.** *Intervenants*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Frank Ralph Ladue *Intimé*

et

**Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique et Association
canadienne des libertés civiles** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. c. IPEELEE

2012 CSC 13

N^{os} du greffe : 33650, 34245.

2011 : 17 octobre; 2012 : 23 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein.

EN APPEL DES COURS D'APPEL DE L'ONTARIO ET
DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Manquement à une condition d'une ordonnance de surveillance de longue durée — Principes régissant la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone — Les principes formulés dans R. c. Gladue s'appliquent-ils à la violation d'une ordonnance de surveillance de longue durée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2e).

These two appeals involve Aboriginal offenders with long criminal records. Both Aboriginal offenders were declared long-term offenders and had long-term supervision orders (“LTSOs”) imposed. The offender I is an alcoholic with a history of committing violent offences when intoxicated. He was sentenced to six years’ imprisonment followed by an LTSO after being designated a long-term offender. After his release from prison, I committed an offence while intoxicated thereby breaching a condition of his LTSO. He was sentenced to three years’ imprisonment, less six months of pre-sentence custody at a 1:1 credit rate. The Court of Appeal dismissed the appeal brought by I. The offender L is addicted to drugs and alcohol and has a history of committing sexual assaults when intoxicated. L was sentenced to three years’ imprisonment followed by an LTSO after being designated a long-term offender. After his release from prison, he failed a urinalysis test; thereby breaching a condition of his LTSO. L was sentenced to three years’ imprisonment, less five months of pre-sentence custody at a 1.5:1 rate. A majority of the Court of Appeal allowed L’s appeal and reduced the sentence to one year’s imprisonment.

Held (Rothstein J. dissenting in part): The appeal should be allowed in *Ipeelee*. The appeal should be dismissed in *Ladue*.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella J.J.: The central issue in these appeals is how to determine a fit sentence for a breach of an LTSO in the case of an Aboriginal offender in particular. Trial judges enjoy a broad discretion in the sentencing process. A sentencing judge has a duty to apply all of the principles mandated by ss. 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code* in order to devise a fit and proper sentence which respects the well-established principles and objectives of sentencing set out in Part XXIII of the *Criminal Code*. Proportionality is the *sine qua non* of a just sanction. Proportionality, the fundamental principle of sentencing, is intimately tied to the fundamental purpose of sentencing — the maintenance of a just, peaceful and safe society through the imposition of just sanctions. An appellate court must be satisfied that the sentence under review is proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

Les deux pourvois mettent en cause des délinquants autochtones au casier judiciaire chargé. Les deux délinquants autochtones concernés ont été déclarés délinquants à contrôler et se sont vu imposer des ordonnances de surveillance de longue durée (« OSLD »). Le délinquant I est un alcoolique qui a commis par le passé des infractions avec violence sous l’effet de l’alcool. Il a été condamné à une peine de six ans d’emprisonnement suivis d’une surveillance de longue durée après avoir été déclaré délinquant à contrôler. Après sa libération, I a commis une infraction alors qu’il était en état d’ébriété, manquant ainsi à une condition de son OSLD. I a été condamné à une peine d’emprisonnement de trois ans, à laquelle six mois ont été retranchés pour sa période d’incarcération présentencielle, selon un ratio de 1:1. La Cour d’appel a rejeté le pourvoi de I. Le délinquant L souffre d’une dépendance aux drogues et à l’alcool et a commis par le passé des agressions sexuelles sous l’effet de ces substances. L a été condamné à une peine de trois ans d’emprisonnement suivie d’une surveillance de longue durée après avoir été déclaré délinquant à contrôler. Après sa libération, L a échoué à un test d’analyse d’urine, manquant par le fait même à une condition de son OSLD. L a été condamné à trois ans d’emprisonnement, dont 1,5 jour a été retranché pour chaque jour de ses cinq mois de détention présentencielle. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli son appel et réduit sa peine à un an d’emprisonnement.

Arrêt (le juge Rothstein est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli dans l’affaire *Ipeelee*. Le pourvoi est rejeté dans l’affaire *Ladue*.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella : La principale question que soulèvent les pourvois est de savoir comment déterminer une peine appropriée pour la violation d’une OSLD dans le cas d’un délinquant autochtone en particulier. Les juges de première instance jouissent d’un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine. Le juge chargé d’imposer la peine doit appliquer tous les principes prescrits par les art. 718.1 et 718.2 du *Code criminel* pour concevoir une peine juste et appropriée qui respecte les principes et objectifs bien établis de détermination de la peine énoncés à la partie XXIII du *Code criminel*. La proportionnalité est la condition *sine qua non* d’une sanction juste. La proportionnalité — le principe fondamental de la détermination de la peine — est intimement liée à son objectif essentiel — le maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’imposition de sanctions justes. La cour d’appel doit être convaincue que la peine contestée est proportionnelle à la fois à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

The purpose of an LTSO is two-fold: to protect the public and to rehabilitate offenders and reintegrate them into the community. It is the sentencing judge's duty, adopting a contextual approach, to determine which sentencing options will be proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Sentencing is an individual process. The severity of a given breach will ultimately depend on all of the circumstances, including the nature of the condition breached, how that condition is tied to managing the particular offender's risk of reoffence, and the circumstances of the breach.

Section 718.2(e) of the *Criminal Code* is a remedial provision designed to ameliorate the serious problem of overrepresentation of Aboriginal people in Canadian prisons, and to encourage sentencing judges to have recourse to a restorative approach to sentencing. Courts must ensure that a formalistic approach to parity in sentencing does not undermine the remedial purpose of s. 718.2(e). Section 718.2(e) does more than affirm existing principles of sentencing; it calls upon judges to use a different method of analysis in determining a fit sentence for Aboriginal offenders. The enactment of s. 718.2(e) is a specific direction by Parliament to pay particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders during the sentencing process because those circumstances are unique and different from those of non-Aboriginal offenders. To the extent that current sentencing practices do not further the objectives of deterring criminality and rehabilitating offenders, those practices must change so as to meet the needs of Aboriginal offenders and their communities. Sentencing judges, as front-line workers in the criminal justice system, are in the best position to re-evaluate these criteria to ensure that they are not contributing to ongoing systemic racial discrimination. Just sanctions are those that do not operate in a discriminatory manner.

When sentencing an Aboriginal offender, a judge must consider the factors outlined in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688: (a) the unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular Aboriginal offender before the courts; and (b) the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular Aboriginal heritage or connection. Systemic and background factors may bear on the culpability of the offender, to the extent that they shed light on his or her level of moral blameworthiness.

L'OSLD poursuit un double objectif : la protection du public ainsi que la réadaptation des délinquants et leur réinsertion dans la collectivité. Il appartient au juge de la peine de déterminer, en adoptant une approche contextuelle, laquelle des sanctions possibles est proportionnelle à la fois à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. La détermination de la peine est un processus individualisé. La gravité d'un manquement donné dépend en dernière analyse de toutes les circonstances, dont la nature de la condition violée, le lien entre cette condition et la gestion du risque de récidive du délinquant et les circonstances de la violation.

L'alinéa 718.2e) du *Code criminel* est une disposition réparatrice destinée à remédier au grave problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes et à encourager le juge à aborder la détermination de la peine dans une perspective corrective. Les tribunaux doivent veiller à ce qu'une application formaliste du principe de parité dans l'imposition des peines ne fasse pas échec à l'objectif réparateur de l'al. 718.2e). L'alinéa 718.2e) ne se borne pas à confirmer les principes existants de détermination de la peine; elle invite les juges à utiliser une méthode d'analyse différente pour déterminer la peine appropriée dans le cas d'un délinquant autochtone. En adoptant l'al. 718.2e), le législateur donne aux juges chargés de déterminer la peine une directive précise les invitant à porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones, parce qu'elles sont particulières et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-Autochtones. Dans la mesure où elles ne favorisent pas la réalisation des objectifs de prévention de la criminalité et de réadaptation des délinquants, les pratiques actuelles de détermination de la peine doivent être modifiées de façon à répondre aux besoins des délinquants autochtones et de leurs collectivités. Intervenant de première ligne dans le système de justice pénale, les juges de détermination de la peine sont les mieux placés pour réévaluer ces critères de façon qu'ils ne contribuent pas à la persistance de la discrimination raciale systémique. Des sanctions justes ne sont pas discriminatoires.

Le juge qui détermine la peine à infliger à un délinquant autochtone doit tenir compte des facteurs énoncés dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 : a) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux; et b) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones. Les facteurs systémiques et historiques peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant,

Failing to take these circumstances into account would violate the fundamental principle of sentencing — that the sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The *Gladue* principles direct sentencing judges to abandon the presumption that all offenders and all communities share the same values when it comes to sentencing and to recognize that, given these fundamentally different world views, different or alternative sanctions may more effectively achieve the objectives of sentencing in a particular community. The principles from *Gladue* are entirely consistent with the requirement that sentencing judges engage in an individualized assessment of all of the relevant factors and circumstances, including the status and life experiences, of the person standing before them. *Gladue* affirms this requirement and recognizes that, up to this point, Canadian courts have failed to take into account the unique circumstances of Aboriginal offenders that bear on the sentencing process. Section 718.2(e) is intended to remedy this failure by directing judges to craft sentences in a manner that is meaningful to Aboriginal peoples.

When sentencing an Aboriginal offender, courts must take judicial notice of such matters as the history of colonialism, displacement, and residential schools and how that history continues to translate into lower educational attainment, lower incomes, higher unemployment, higher rates of substance abuse and suicide, and of course higher levels of incarceration for Aboriginal peoples. These matters provide the necessary context for understanding and evaluating the case-specific information presented by counsel. However, these matters, on their own, do not necessarily justify a different sentence for Aboriginal offenders. Furthermore, there is nothing in the *Gladue* decision which would indicate that background and systemic factors should not also be taken into account for other, non-Aboriginal offenders. The parity principle which is contained in s. 718.2(b) means that any disparity between sanctions for different offenders needs to be justified. To the extent that the application of the *Gladue* principles lead to different sanctions for Aboriginal offenders, those sanctions will be justified based on their unique circumstances — circumstances which are rationally related to the sentencing process. Counsel has a duty to bring individualized information before the court in every case, unless the offender expressly waives his right to have it considered. A *Gladue* report, which contains case-specific information, is tailored to the specific circumstances of the Aboriginal offender.

dans la mesure où ils mettent en lumière son degré de culpabilité morale. Ne pas tenir compte de ces circonstances contreviendrait au principe fondamental de détermination de la peine — la proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Les principes énoncés dans *Gladue* obligent les juges, lorsqu'ils déterminent la peine, à éviter de présumer que tous les délinquants et toutes les collectivités partagent les mêmes valeurs, et à reconnaître que, compte tenu de la présence de conceptions du monde foncièrement différentes, l'imposition de sanctions différentes ou substitutives peut permettre d'atteindre plus efficacement les objectifs de détermination de la peine dans une collectivité donnée. Les principes formulés dans *Gladue* respectent entièrement l'exigence selon laquelle ces juges doivent examiner tous les facteurs et toutes les circonstances propres à la personne qui se trouve devant eux, y compris sa situation et son vécu. Dans l'arrêt *Gladue*, la Cour a réaffirmé cette exigence et a reconnu que les tribunaux canadiens n'avaient jusqu'alors pas tenu compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones, malgré leur pertinence dans l'imposition de la peine. L'alinéa 718.2e) vise à remédier à ce défaut en prescrivant aux juges d'adapter les sanctions à la situation des peuples autochtones.

Lorsqu'ils déterminent la peine à infliger à un délinquant autochtone, les tribunaux doivent prendre connaissance d'office de questions telles que l'histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd'hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu élevés, un taux de chômage important, des abus graves d'alcool ou d'autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d'incarcération. Ces facteurs établissent le cadre contextuel nécessaire à la compréhension et à l'évaluation des renseignements propres à l'affaire fournis par les avocats. Ces facteurs ne justifient cependant pas nécessairement à eux seuls l'imposition d'une peine différente aux délinquants autochtones. De plus, rien dans l'arrêt *Gladue* n'indique que les facteurs historiques et systémiques ne devraient pas également être pris en considération dans le cas d'autres délinquants, non autochtones. Le principe de parité énoncé à l'al. 718.2b) exige que toute disparité entre les sanctions imposées à différents délinquants soit justifiée. Dans la mesure où l'application des principes formulés dans *Gladue* mène à l'imposition de sanctions différentes aux délinquants autochtones, ces sanctions se justifieront en raison des circonstances particulières dans lesquelles ils se trouvent — des circonstances rationnellement liées au processus de détermination de la peine. Il est de la responsabilité de l'avocat de fournir

A *Gladue* report is an indispensable sentencing tool to be provided at a sentencing hearing for an Aboriginal offender and it is also indispensable to a judge in fulfilling his duties under s. 718.2(e) of the *Criminal Code*.

The sentencing judge has a statutory duty, imposed by s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, to consider the unique circumstances of Aboriginal offenders. If the sentencing judge fails to apply the *Gladue* principles in any case involving an Aboriginal offender this would run afoul of this statutory obligation. Furthermore, the failure to apply the *Gladue* principles in any case would also result in a sentence that is not fit and is not consistent with the fundamental principle of proportionality. Therefore, application of the *Gladue* principles is required in every case involving an Aboriginal offender, including the breach of an LTSO, and a failure to do so constitutes an error justifying appellate intervention.

In the instant case of I, the courts below made several errors in principle warranting appellate intervention. The courts below erred in concluding that rehabilitation was not a relevant sentencing objective. As a result of this error, the courts below gave only attenuated consideration to I's circumstances as an Aboriginal offender. A sentence of one year's imprisonment should be substituted. In the instant case of L, the decision of the majority of the Court of Appeal is well founded and adequately reflects the principles and objectives of sentencing. The appeal is dismissed and the sentence of one year's imprisonment is affirmed.

Per Rothstein J. (dissenting in part): In sentencing for the breach of a condition of an LTSO, which is central to the risk of the long-term offender violently reoffending, the protection of the public, more so than the rehabilitation or reintegration of the offender, must be the dominant consideration of the sentencing judge in the determination of a fit and proper sentence. The majority in this case does not specifically address the issue of the sentencing of Aboriginal offenders who have been found to be long-term offenders and have been found guilty of breaching a condition of an LTSO. They have not taken account of the difference between the objectives and requirements of LTSOs for long-term offenders who abide by the conditions of their LTSOs

les renseignements propres à l'affaire dans tous les cas, à moins que le délinquant ne renonce expressément à son droit à l'examen de cette information. Un rapport semblable à celui décrit dans *Gladue*, qui contient des renseignements propres à l'affaire, est adapté à la situation particulière du délinquant autochtone. Ce rapport est un outil essentiel de détermination de la peine qu'on doit présenter à l'audience de détermination de la peine d'un délinquant autochtone et il est aussi indispensable au juge pour l'exécution des obligations que lui impose l'al. 718.2e) du *Code criminel*.

Le juge chargé d'imposer la peine a l'obligation légale de tenir compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones, comme l'al. 718.2e) du *Code criminel* le prévoit. Le défaut du juge d'appliquer les principes établis par *Gladue* dans une affaire mettant en cause un délinquant autochtone contrevient à cette obligation. En outre, ce défaut entraînerait aussi l'imposition d'une peine injuste et incompatible avec le principe fondamental de la proportionnalité. En conséquence, l'application des principes établis dans *Gladue* est requise dans tous les cas où un délinquant autochtone est en cause, y compris dans le contexte d'un manquement à une OSLD, et le non-respect de cette exigence constitue une erreur justifiant une intervention en appel.

Dans le cas de I, les cours d'instance inférieure ont commis plusieurs erreurs de principe justifiant une intervention en appel. Elles ont conclu à tort que la réadaptation ne constituait pas un objectif pertinent dans la détermination de la peine. En raison de cette erreur, les cours d'instance inférieure n'ont accordé qu'une importance atténuée à la situation de I en tant que délinquant autochtone. Il convient de remplacer la peine imposée par un an d'emprisonnement. Dans le cas de L, l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel est bien fondé et reflète adéquatement les principes et les objectifs de détermination de la peine. Le pourvoi est rejeté, et la peine de un an d'emprisonnement confirmée.

Le juge Rothstein (dissident en partie) : Lorsqu'un juge détermine la peine à infliger pour défaut de se conformer à une condition d'une OSLD se rapportant à un élément central du risque de récidive violente du délinquant à contrôler, la protection du public — plus encore que la réadaptation ou la réinsertion du délinquant — doit constituer le critère dominant dans la détermination d'une peine juste et appropriée. Les juges majoritaires en l'espèce ne traitent pas expressément de la question de la détermination de la peine à infliger aux Autochtones qui ont été déclarés délinquants à contrôler et reconnus coupables d'un manquement à une condition d'une OSLD. Ils n'ont pas tenu compte de la différence entre, d'une part, les objectifs et les exigences des OSLD

and the objectives and requirements of sentencing long-term offenders who have breached a condition of their LTSOs.

The breach of an LTSO raises serious concerns that rehabilitation and reintegration are not being achieved and calls into doubt whether, despite supervision, the long-term offender has demonstrated that the substantial risk of reoffending in a violent manner in the community by the long-term offender can be adequately managed. Section 753.3(1) of the *Criminal Code* provides that a breach of an LTSO constitutes an indictable offence, as opposed to a hybrid offence, with a maximum sentence of 10 years. The maximum term is for the breach of the LTSO exclusively and is not dependent on the long-term offender having been found guilty of another substantive offence, violent or otherwise. The necessary implication is that Parliament viewed breaches of LTSOs as posing such risk to the protection of society that long-term offenders may have to be separated from society for a significant period of time. Where a breach is central to the substantial risk of reoffending, such as where alcohol or substance consumption has been found to be the trigger for violent offences by the long-term offender, the breach must be considered to be very serious.

Section 718.2(e) of the *Criminal Code* requires a sentencing judge to consider background and systemic factors in crafting a sentence, and all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances for all offenders, with particular attention to Aboriginal offenders, including long-term Aboriginal offenders. As with all sentencing, this must be done with regard to the particular individual, the threat they pose, and their chances of rehabilitation and reintegration. Evaluating these options lies within the discretion of the sentencing judge. In the case of long-term offenders, the paramount consideration is the protection of society. This applies to all long-term offenders, including Aboriginal long-term offenders who have compromised the management of their risk of reoffending by breaching a condition of their LTSOs.

Once an Aboriginal individual is found to be a long-term offender, and the offender has breached one or more conditions of his or her LTSO, alternatives to a significant prison term will be limited. The alternatives to imprisonment must be viable and the sentencing

pour les délinquants à contrôler qui respectent les conditions de leur OSLD et, d'autre part, les objectifs et les exigences applicables dans la détermination de la peine à infliger aux délinquants à contrôler qui ont enfreint une condition de leur OSLD.

Le défaut de se conformer à une OSLD permet de douter sérieusement de la réalisation des objectifs de réadaptation et de réinsertion et soulève la question de savoir si, bien que sous surveillance, le délinquant à contrôler a démontré que le risque élevé de récidive violente qu'il représente au sein de la collectivité peut être maîtrisé adéquatement. Aux termes du par. 753.3(1) du *Code criminel*, le défaut de se conformer à une OSLD constitue un acte criminel, et non une infraction mixte, et est punissable d'un emprisonnement maximal de 10 ans. Le seul défaut de se conformer à l'OSLD rend le délinquant à contrôler passible de cette peine maximale, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été déclaré coupable d'une autre infraction substantielle, violente ou autre. Cela signifie nécessairement que, pour le législateur, les délinquants à contrôler qui font défaut de se conformer à une OSLD présentent un tel risque pour la protection de la société qu'ils peuvent devoir être isolés de la société pendant une période assez longue. Si le manquement concerne un élément central du risque élevé de récidive, par exemple lorsqu'il a été jugé que la consommation d'alcool ou de drogues amène le délinquant à contrôler à commettre des infractions avec violence, on doit considérer qu'il s'agit d'un manquement très grave.

L'alinéa 718.2e) du *Code criminel* oblige le juge chargé de la détermination de la peine à tenir compte des facteurs historiques et systémiques, et de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, y compris les délinquants autochtones à contrôler. Comme c'est toujours le cas en matière de détermination de la peine, il faut tenir compte, à cet égard, du délinquant en cause, du risque qu'il représente et de ses chances de réadaptation et de réinsertion. L'évaluation de ces solutions de rechange relève du pouvoir discrétionnaire du juge chargé d'infliger la peine. Le critère déterminant dans le cas des délinquants à contrôler est la protection de la société. Ce critère s'applique à tous délinquants à contrôler, y compris aux délinquants autochtones à contrôler qui ont compromis la gestion de leur risque de récidive en ne respectant pas une condition de leur OSLD.

Lorsqu'un Autochtone déclaré délinquant à contrôler a manqué à une ou à plusieurs conditions de son OSLD, les solutions autres qu'une période d'emprisonnement importante seront limitées. Les solutions de rechange à l'emprisonnement doivent être valables et le juge

judge must be satisfied that they are consistent with protection of society. Alternatives may include returning Aboriginal offenders to their communities. However, as in all cases, this must be done with protection of the public as the paramount concern; Aboriginal communities are not a separate category entitled to less protection because the offender is Aboriginal. Where the breach of an LTSO goes to the control of the Aboriginal offender in the community, rehabilitation and reintegration into society will have faltered, if not failed. In such case, the sentencing judge may have no alternative but to separate the Aboriginal long-term offender from society for a significant period of time. Nevertheless, during the period of incarceration, the Aboriginal status of the long-term offender should be taken into account for the purpose of providing appropriate programs that are intended to rehabilitate the offender so that upon release, the substantial risk of reoffending may be controlled.

In this case, it has not been shown that the sentence imposed on the offender I was demonstrably unfit and the appeal should be dismissed. The sentencing judge's findings demonstrate a thorough appreciation of the circumstances. He properly recognized that protection of the public was the paramount concern in breaches of LTSOs. As a long-term offender, I has been found to show a pattern of repetitive behaviour with a likelihood of causing death or physical or psychological injury or a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons in the future through failure to control his sexual impulses. His alcohol consumption is central to such behaviour.

With respect to the offender L, one year's imprisonment was a fit and proper sentence and the appeal should be dismissed. The sentencing judge did not err in focussing on protection of society as the paramount consideration in her sentencing decision. The sentencing judge found that the only way to protect the community, given L's high risk of reoffending sexually and moderate to high risk of reoffending violently, was to emphasize the objective of isolation. She noted that even if L did not commit a substantive offence, his breach was serious. But this was a case where there was a realistic opportunity for rehabilitation that was denied L because of a "bureaucratic error". The sentencing judge does not appear to have considered that it was this error that caused L to be sent to a residential halfway

chargé d'infliger la peine doit être convaincu qu'elles sont compatibles avec la protection de la société. L'une des solutions de rechange possibles pourrait consister à renvoyer le délinquant autochtone dans sa collectivité. Cependant, comme c'est toujours le cas, le critère déterminant dans le choix de cette sanction doit demeurer la protection du public; les collectivités autochtones ne forment pas une catégorie distincte qui aurait droit à une protection moindre du fait que le délinquant est un Autochtone. Lorsque le manquement à une OSLD touche à la maîtrise du risque que représente le délinquant autochtone dans la collectivité, sa réadaptation et sa réinsertion sociale seront compromises, sinon condamnées à l'échec. En pareil cas, il se peut que le juge chargé d'infliger la peine n'ait d'autre choix que d'isoler le délinquant autochtone à contrôler de la société pendant une période assez longue. Durant son incarcération, il faudrait néanmoins prendre en considération le statut d'Autochtone du délinquant à contrôler afin de lui offrir des programmes appropriés favorisant sa réadaptation, de sorte que le risque élevé de récidive qu'il présente puisse être maîtrisé au moment de sa libération.

En l'espèce, il n'a pas été démontré que la peine infligée au délinquant I n'était manifestement pas indiquée et le pourvoi doit être rejeté. Les conclusions du juge ayant prononcé la peine témoignent d'un examen approfondi des circonstances. Il a reconnu à bon droit que la protection du public était le facteur déterminant en cas de manquement à une OSLD. Si I a été déclaré délinquant à contrôler, c'est qu'il a été établi soit qu'il avait accompli des actes répétitifs permettant de croire qu'il causerait vraisemblablement la mort de quelque autre personne, ou des sévices ou des dommages psychologiques à d'autres personnes, soit que son incapacité de maîtriser ses impulsions sexuelles laissait prévoir que vraisemblablement il causerait à l'avenir des sévices ou autres maux à d'autres personnes. Sa consommation d'alcool est un élément essentiel de ces comportements.

Une peine d'emprisonnement de un an constitue une peine juste et appropriée dans le cas du délinquant L et il faut rejeter le pourvoi. La juge de détermination de la peine n'a pas commis d'erreur en insistant sur la protection de la société qui constituait, selon elle, le critère déterminant dans sa décision. Selon la juge de détermination de la peine, comme L présente un risque élevé de récidive sexuelle et un risque modéré à élevé de récidive violente, la seule façon de protéger la société était de privilégier l'objectif d'isolement. Elle a souligné que, bien que L n'ait pas commis d'infraction substantielle, son manquement était grave. Toutefois, en l'espèce, L a été privé d'une possibilité réaliste de réadaptation à cause d'une « erreur administrative ». La juge de détermination de la peine ne semble pas avoir pris

house, which apparently tolerates serious drug abusers and does not provide programs for Aboriginal offenders. This failure meant that L's moral blameworthiness was not properly assessed.

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; **referred to:** *R. v. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33; *R. v. Solowan*, 2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. W. (H.P.)*, 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20; *R. v. Nelson*, [2007] O.J. No. 5704 (QL); *R. v. Deacon*, 2004 BCCA 78, 193 B.C.A.C. 228; *R. v. Laliberte*, 2000 SKCA 27, 189 Sask. R. 190; *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207; *R. v. Vermette*, 2001 MBCA 64, 156 Man. R. (2d) 120; *R. v. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50; *R. v. Poucette*, 1999 ABCA 305, 250 A.R. 55; *R. v. Gladue*, 1999 ABCA 279, 46 M.V.R. (3d) 183; *R. v. Andres*, 2002 SKCA 98, 223 Sask. R. 121; *R. v. Collins*, 2011 ONCA 182, 277 O.A.C. 88; *R. v. Jack*, 2008 BCCA 437, 261 B.C.A.C. 245; *R. v. Carrière* (2002), 164 C.C.C. (3d) 569; *R. v. Kakekagamick* (2006), 214 O.A.C. 127; *R. v. Jensen* (2005), 196 O.A.C. 119; *R. v. Abraham*, 2000 ABCA 159, 261 A.R. 192.

By Rothstein J. (dissenting in part)

R. v. W. (H.P.), 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1947, c. 55, s. 18.
Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Department of the Solicitor General Act, S.C. 1997, c. 17.
Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22, s. 718.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 4, 100, 101, 134.1, 134.2, 135.1(1).
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 161.

en considération le fait que c'est cette erreur qui était à l'origine du transfert de L à une maison de transition qui tolère apparemment les grands toxicomanes et qui n'offre pas de programmes pour les délinquants autochtones. La culpabilité morale de L n'a donc pas été évaluée correctement.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33; *R. c. Solowan*, 2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. W. (H.P.)*, 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20; *R. c. Nelson*, [2007] O.J. No. 5704 (QL); *R. c. Deacon*, 2004 BCCA 78, 193 B.C.A.C. 228; *R. c. Laliberte*, 2000 SKCA 27, 189 Sask. R. 190; *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207; *R. c. Vermette*, 2001 MBCA 64, 156 Man. R. (2d) 120; *R. c. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50; *R. c. Poucette*, 1999 ABCA 305, 250 A.R. 55; *R. c. Gladue*, 1999 ABCA 279, 46 M.V.R. (3d) 183; *R. c. Andres*, 2002 SKCA 98, 223 Sask. R. 121; *R. c. Collins*, 2011 ONCA 182, 277 O.A.C. 88; *R. c. Jack*, 2008 BCCA 437, 261 B.C.A.C. 245; *R. c. Carrière* (2002), 164 C.C.C. (3d) 569; *R. c. Kakekagamick* (2006), 214 O.A.C. 127; *R. c. Jensen* (2005), 196 O.A.C. 119; *R. c. Abraham*, 2000 ABCA 159, 261 A.R. 192.

Citée par le juge Rothstein (dissident en partie)

R. c. W. (H.P.), 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XXIII, art. 718, 718.1, 718.2, partie XXIV, 753.1, 753.2(1), 753.3(1).
Loi de 1977 modifiant le droit pénal, L.C. 1977, ch. 53, art. 14.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1947, ch. 55, art. 18.
Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général, L.C. 1997, ch. 17.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXIII, ss. 718, 718.1, 718.2, Part XXIV, 753.1, 753.2(1), 753.3(1).

Criminal Law Amendment Act, 1977, S.C. 1977, c. 53, s. 14.

Authors Cited

Brodeur, Jean-Paul. "On the Sentencing of Aboriginal Offenders: A Reaction to Stenning and Roberts" (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 45.

Canada. Department of Justice. *Strategies for Managing High-Risk Offenders: Report of the Federal/Provincial/Territorial Task Force on High-Risk Violent Offenders*. Ottawa: The Department, 1995.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5876.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 62, 1st Sess., 35th Parl., November 17, 1994, p. 15.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada. *Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada* (Archambault Commission). Ottawa: King's Printer, 1938.

Carter, Mark. "Of Fairness and Faulkner" (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 63.

Jackson, Michael. "Locking Up Natives in Canada" (1988-1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: The Inquiry, 1991.

Pelletier, Renée. "The Nullification of Section 718.2(e): Aggravating Aboriginal Over-representation in Canadian Prisons" (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 469.

Quigley, Tim. "Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders", in Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter, eds., *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. Saskatoon: Purich Publishing, 1994, 269.

Roach, Kent. "One Step Forward, Two Steps Back: Gladue at Ten and in the Courts of Appeal" (2009), 54 *Crim. L.Q.* 470.

Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22, art. 718.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 4, 100, 101, 134.1, 134.2, 135.1(1).

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 161.

Doctrine et autres documents cités

Brodeur, Jean-Paul. « On the Sentencing of Aboriginal Offenders : A Reaction to Stenning and Roberts » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 45.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, p. 5876.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, n^o 62, 1^{re} sess., 35^e lég., 17 novembre 1994, p. 15.

Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada* (Commission Archambault). Ottawa : Imprimerie du Roi, 1938.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : La Commission, 1996.

Canada. Ministère de la Justice. *Stratégies pour la gestion des délinquants à risque élevé : Rapport du Groupe de travail fédéral/provincial/territorial sur les délinquants violents à risque élevé*. Ottawa : Le Ministère, 1995.

Carter, Mark. « Of Fairness and Faulkner » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 63.

Jackson, Michael. « Locking Up Natives in Canada » (1988-1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg : The Inquiry, 1991.

Pelletier, Renée. « The Nullification of Section 718.2(e) : Aggravating Aboriginal Over-representation in Canadian Prisons » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 469.

Quigley, Tim. « Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders », in Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter, eds., *Continuing Poundmaker and Riel's Quest : Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. Saskatoon : Purich Publishing, 1994, 269.

- Roberts, Julian V., and Ronald Melchers. "The Incarceration of Aboriginal Offenders: Trends from 1978 to 2001" (2003), 45 *Can. J. Crim. & Crim. Just.* 211.
- Rudin, Jonathan. "Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue*: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going", in Jamie Cameron and James Stribopoulos, eds., *The Charter and Criminal Justice: Twenty-Five Years Later*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008, 687.
- Rudin, Jonathan. "Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue*: A Realistic Assessment of How Social Change Occurs" (2009), 54 *Crim. L.Q.* 447.
- Rudin, Jonathan, and Kent Roach. "Broken Promises: A Response to Stenning and Roberts' 'Empty Promises'" (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 3.
- Stenning, Philip, and Julian V. Roberts. "Empty Promises: Parliament, The Supreme Court, and the Sentencing of Aboriginal Offenders" (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 137.
- Roach, Kent. « One Step Forward, Two Steps Back : *Gladue* at Ten and in the Courts of Appeal » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 470.
- Roberts, Julian V., and Ronald Melchers. « The Incarceration of Aboriginal Offenders : Trends from 1978 to 2001 » (2003), 45 *Rev. can. crim. & jus. pénale* 211.
- Rudin, Jonathan. « Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue* : Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going », in Jamie Cameron and James Stribopoulos, eds., *The Charter and Criminal Justice : Twenty-Five Years Later*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008, 687.
- Rudin, Jonathan. « Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue* : A Realistic Assessment of How Social Change Occurs » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 447.
- Rudin, Jonathan, and Kent Roach. « Broken Promises : A Response to Stenning and Roberts' "Empty Promises" » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 3.
- Stenning, Philip, and Julian V. Roberts. « Empty Promises : Parliament, The Supreme Court, and the Sentencing of Aboriginal Offenders » (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 137.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Sharpe and Cronk JJ.A.), 2009 ONCA 892, 99 O.R. (3d) 419, 264 O.A.C. 392, [2009] O.J. No. 5402 (QL), 2009 CarswellOnt 7783, affirming a sentence imposed by Megginson J., [2009] O.J. No. 6413 (QL), 2009 CarswellOnt 7864. Appeal allowed, Rothstein J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Chiasson and Bennett JJ.A.), 2011 BCCA 101, 302 B.C.A.C. 93, 511 W.A.C. 93, 271 C.C.C. (3d) 90, [2011] 2 C.N.L.R. 277, [2011] B.C.J. No. 366 (QL), 2011 CarswellBC 428, varying a sentence imposed by Bagnall Prov. Ct. J., 2010 BCPC 410 (CanLII), [2010] B.C.J. No. 2824 (QL), 2010 CarswellBC 3822. Appeal dismissed.

Fergus J. (Chip) O'Connor, for the appellant Manasie Ipeelee.

Gillian Roberts, for the respondent Her Majesty The Queen.

Susanne Boucher and *François Lacasse*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Sharpe et Cronk), 2009 ONCA 892, 99 O.R. (3d) 419, 264 O.A.C. 392, [2009] O.J. No. 5402 (QL), 2009 CarswellOnt 7783, qui a confirmé la peine infligée par le juge Megginson, [2009] O.J. No. 6413 (QL), 2009 CarswellOnt 7864. Pourvoi accueilli, le juge Rothstein est dissident.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Chiasson et Bennett), 2011 BCCA 101, 302 B.C.A.C. 93, 511 W.A.C. 93, 271 C.C.C. (3d) 90, [2011] 2 C.N.L.R. 277, [2011] B.C.J. No. 366 (QL), 2011 CarswellBC 428, qui a modifié la peine infligée par la juge Bagnall, 2010 BCPC 410 (CanLII), [2010] B.C.J. No. 2824 (QL), 2010 CarswellBC 3822. Pourvoi rejeté.

Fergus J. (Chip) O'Connor, pour l'appellant Manasie Ipeelee.

Gillian Roberts, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Susanne Boucher et *François Lacasse*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Jonathan Rudin and Amanda Driscoll, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Mary T. Ainslie, for the appellant Her Majesty The Queen.

Hovan M. Patey, Lawrence D. Myers, Q.C., and *Kristy L. Neurauter*, for the respondent Frank Ralph Ladue.

Kelly Doctor, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Clayton C. Ruby, Nader R. Hasan* and *Gerald J. Chan*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] These two appeals raise the issue of the principles governing the sentencing of Aboriginal offenders for breaches of long-term supervision orders (“LTSOs”). Both appeals concern Aboriginal offenders with long criminal records. They provide an opportunity to revisit and reaffirm the judgment of this Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. I propose to allow the offender’s appeal in *Ipeelee* and to dismiss the Crown’s appeal in *Ladue*.

II. Manasie Ipeelee

A. *Background and Criminal History*

[2] Mr. Manasie Ipeelee is an Inuk man who was born and raised in Iqaluit, Nunavut. His life story is far removed from the experience of most Canadians. His mother was an alcoholic. She froze to death when Manasie Ipeelee was five years

Jonathan Rudin et Amanda Driscoll, pour l’intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Mary T. Ainslie, pour l’appelante Sa Majesté la Reine.

Hovan M. Patey, Lawrence D. Myers, c.r., et *Kristy L. Neurauter*, pour l’intimé Frank Ralph Ladue.

Kelly Doctor, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Clayton C. Ruby, Nader R. Hasan* et *Gerald J. Chan*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Les deux pourvois font intervenir les principes régissant la détermination de la peine à infliger à des délinquants autochtones pour défaut de se conformer à une ordonnance de surveillance de longue durée (« OSLD »). Les deux affaires mettent en cause des délinquants autochtones au casier judiciaire chargé. Elles donnent à la Cour l’occasion de réexaminer et de confirmer son arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Je propose d’accueillir le pourvoi du délinquant dans *Ipeelee* et de rejeter celui du ministère public dans *Ladue*.

II. Manasie Ipeelee

A. *Histoire personnelle et antécédents criminels*

[2] Manasie Ipeelee est un Inuit qui est né et a grandi à Iqaluit, au Nunavut. Son vécu n’a rien à voir avec celui de la plupart des Canadiens. Sa mère était alcoolique. Elle est morte de froid lorsque M. Ipeelee avait cinq ans. Il a été élevé par ses

old. He was raised by his maternal grandmother and grandfather, both of whom are now deceased. Mr. Ipeelee began consuming alcohol when he was 11 years old and quickly developed a serious alcohol addiction. He dropped out of school shortly thereafter. His involvement with the criminal justice system began in 1985, when he was only 12 years old.

[3] Mr. Ipeelee is presently 39 years old. He has spent a significant proportion of his life in custody or under some form of community supervision. His youth record contains approximately three dozen convictions. The majority of those offences were property-related, including breaking and entering, theft, and taking a vehicle without consent (joyriding). There were also convictions for failure to comply with an undertaking, breach of probation, and being unlawfully at large. Mr. Ipeelee's adult record contains another 24 convictions, many of which are for similar types of offences. He has also committed violent crimes. His record includes two convictions for assault causing bodily harm and one conviction each for aggravated assault, sexual assault, and sexual assault causing bodily harm. I will describe these offences in greater detail, as they provided the basis for his eventual designation as a long-term offender.

[4] In December 1992, Mr. Ipeelee pleaded guilty to assault causing bodily harm. He and a friend assaulted a man who was refusing them entry to his home. Mr. Ipeelee was intoxicated at the time. During the fight, he hit the victim over the head with an ashtray and with a chair. He was sentenced to 21 days' imprisonment and one year's probation.

[5] In December 1993, Mr. Ipeelee again pleaded guilty to assault causing bodily harm. The incident took place outside a bar in Iqaluit and both Mr. Ipeelee and the victim were intoxicated. Witnesses saw Mr. Ipeelee kicking the victim in the face

grands-parents maternels, qui sont maintenant tous deux décédés. M. Ipeelee a commencé à consommer de l'alcool à l'âge de 11 ans et a rapidement développé une grave dépendance à l'alcool. Il a quitté l'école peu de temps après. Ses démêlés avec le système de justice pénale ont commencé en 1985, alors qu'il n'avait que 12 ans.

[3] M. Ipeelee est actuellement âgé de 39 ans. Il a été détenu ou a fait l'objet d'une forme quelconque de surveillance au sein de la collectivité durant une grande partie de sa vie. Son dossier de jeune contrevenant compte environ 36 condamnations. Il s'agissait, dans la majorité des cas, d'infractions relatives à des biens, notamment d'entrée par effraction, de vol et de prise d'un véhicule sans le consentement du propriétaire. Il a aussi été reconnu coupable de ne pas avoir respecté un engagement, de ne pas s'être conformé à une ordonnance de probation et de s'être trouvé illégalement en liberté. Son dossier de criminel d'adulte compte 24 autres déclarations de culpabilité, dont une bonne partie portent sur des infractions semblables. Toutefois, il a également commis des crimes violents. Son dossier inclut notamment deux déclarations de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles et une déclaration de culpabilité pour chacune des infractions suivantes : voies de fait graves, agression sexuelle et agression sexuelle causant des lésions corporelles. Je décrirai plus en détail ces infractions, car elles constituent le fondement de sa désignation subséquente à titre de délinquant à contrôler.

[4] En décembre 1992, M. Ipeelee a reconnu sa culpabilité à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Un ami et lui ont agressé un homme qui refusait de les laisser entrer dans sa demeure. M. Ipeelee était alors en état d'ébriété. Durant la bagarre, il a frappé la victime à la tête avec un cendrier et une chaise. Il a été condamné à 21 jours d'emprisonnement et à un an de probation.

[5] En décembre 1993, M. Ipeelee s'est de nouveau reconnu coupable d'une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. L'incident était survenu à l'extérieur d'un bar d'Iqaluit. M. Ipeelee et la victime étaient en état d'ébriété. Des témoins

at least 10 times, and the assault continued after the victim lost consciousness. The victim was hospitalized for his injuries. At the time of the offence, Mr. Ipeelee was on probation. He received a sentence of five months' imprisonment.

[6] In November 1994, Mr. Ipeelee pleaded guilty to aggravated assault. The incident involved another altercation outside the same bar in Iqaluit. Once more, both Mr. Ipeelee and the victim were intoxicated. During the fight, Mr. Ipeelee hit and kicked the victim. After the victim lost consciousness, Mr. Ipeelee continued to hit him and stomp on his face. The victim suffered a broken jaw and had to be sent to Montréal for treatment. Mr. Ipeelee was once again on probation at the time of the offence. He was sentenced to 14 months' imprisonment.

[7] Mr. Ipeelee received an early release from that sentence in the fall of 1995. Approximately three weeks later, while still technically serving his sentence, he committed a sexual assault. The female victim had been drinking in her apartment in Iqaluit with Mr. Ipeelee and others, and was passed out from intoxication. Witnesses observed Mr. Ipeelee and another man carrying the victim into her room. Mr. Ipeelee was later seen having sex with the unconscious woman on her bed. Mr. Ipeelee was sentenced to two years' imprisonment. He remained in custody until his warrant expiry date in February 1999, as Corrections Canada officials deemed him to be a high risk to reoffend.

[8] After serving his sentence, Mr. Ipeelee moved to Yellowknife. He began drinking within one half-hour of his arrival and was arrested for public intoxication that evening, and again 24 hours later. In the six months leading up to his next conviction, he was arrested at least nine more times for public intoxication.

l'ont vu donner au moins 10 coups de pied au visage à un homme et poursuivre l'agression après que la victime eut perdu connaissance. La victime a été hospitalisée en raison de ses blessures. M. Ipeelee, qui était alors en probation, a été condamné à cinq mois d'emprisonnement.

[6] En novembre 1994, M. Ipeelee a plaidé coupable à une accusation de voies de fait graves, à la suite d'une autre altercation avec un autre homme survenue à l'extérieur du même bar d'Iqaluit. Encore une fois, M. Ipeelee et sa victime étaient ivres. Durant la bagarre, M. Ipeelee a frappé la victime et lui a asséné des coups de pied. M. Ipeelee a continué de la frapper et de lui marteler le visage même après qu'elle ait perdu connaissance. La victime a subi une fracture de la mâchoire et a dû être transportée à Montréal pour y recevoir des soins. M. Ipeelee, qui se trouvait à nouveau en probation au moment de l'infraction, a été condamné à 14 mois d'emprisonnement.

[7] M. Ipeelee a bénéficié d'une mise en liberté anticipée à l'automne 1995. Environ trois semaines plus tard, alors qu'il purgeait toujours sa peine, en principe, il a commis une agression sexuelle. La victime était une femme qui avait bu dans son appartement d'Iqaluit en compagnie de M. Ipeelee et d'autres personnes, et qui était devenue inconsciente sous l'effet de l'alcool. Des témoins ont vu M. Ipeelee et un autre homme porter la victime dans sa chambre. Plus tard, des témoins ont vu M. Ipeelee en train d'avoir des rapports sexuels avec la femme inconsciente sur le lit de celle-ci. Il a été condamné à deux ans d'emprisonnement. Il est resté en détention jusqu'à la date d'expiration de son mandat de dépôt, en février 1999, parce que les autorités correctionnelles estimaient qu'il risquait fortement de récidiver.

[8] Après avoir purgé sa peine, M. Ipeelee a déménagé à Yellowknife. Il a recommencé à boire moins d'une demi-heure après son arrivée et il a été arrêté le soir même pour s'être trouvé en état d'ébriété en public. Vingt-quatre heures plus tard, il était arrêté de nouveau pour ivresse publique. Au cours des six mois précédant sa déclaration de culpabilité suivante, il a été arrêté au moins neuf autres fois pour s'être trouvé en état d'ébriété en public.

[9] On August 21, 1999, Mr. Ipeelee committed another sexual assault, this one causing bodily harm, which led to his designation as a long-term offender. Mr. Ipeelee, while intoxicated, entered an abandoned van that homeless persons frequented. Inside, a 50-year-old woman was sleeping. She awoke to find Mr. Ipeelee removing her pants. She struggled and Mr. Ipeelee began punching her in the face. When she called out for help, he told her to shut up or he would kill her. He then sexually assaulted her. The victim was finally able to escape when Mr. Ipeelee fell asleep. He was arrested and the victim was taken to the hospital to be treated for her injuries.

[10] At the sentencing hearing for this offence, Richard J. of the Northwest Territories Supreme Court noted that Mr. Ipeelee's criminal record "shows a consistent pattern of Mr. Ipeelee administering gratuitous violence against vulnerable, helpless people while he is in a state of intoxication" (*R. v. Ipeelee*, 2001 NWTSC 33, [2001] N.W.T.J. No. 30 (QL), at para. 34). The expert evidence produced at the sentencing hearing indicated that Mr. Ipeelee did not suffer from any major mental illness and had average to above average intelligence. However, he was diagnosed as having both an antisocial personality disorder and a severe alcohol abuse disorder. The expert evidence also indicated that Mr. Ipeelee presented a high-moderate to high risk for violent reoffence, and a high-moderate risk for sexual reoffence. After evaluating all of the evidence, Richard J. concluded that there was a substantial risk that Mr. Ipeelee would reoffend and designated him a long-term offender under s. 753.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Mr. Ipeelee was sentenced to six years' imprisonment for the sexual assault, to be followed by a 10-year LTSO.

B. *The Current Offence*

[11] Mr. Ipeelee was detained until his warrant expiry date for the 1999 sexual assault causing

[9] M. Ipeelee a commis une nouvelle agression sexuelle, ayant causé cette fois des lésions corporelles, le 21 août 1999. Cette agression se situe à l'origine de sa désignation à titre de délinquant à contrôler. Alors qu'il était ivre, M. Ipeelee s'est introduit dans une fourgonnette abandonnée que des sans-abri fréquentaient. Une femme de 50 ans dormait à l'intérieur. Elle s'est réveillée et a constaté que M. Ipeelee lui enlevait son pantalon. Elle s'est débattue. M. Ipeelee a commencé à lui donner des coups de poing au visage. Quand elle a appelé à l'aide, il lui a ordonné de se taire, sinon il la tuerait. Il l'a ensuite agressée sexuellement. La victime a finalement réussi à s'échapper lorsque M. Ipeelee s'est endormi. Il a été arrêté et on a amené la victime à l'hôpital pour y faire soigner ses blessures.

[10] À l'audience de détermination de la peine relative à cette infraction, le juge Richard, de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, a souligné que le casier judiciaire de M. Ipeelee [TRADUCTION] « démontre une tendance constante chez M. Ipeelee à commettre des actes de violence gratuite à l'endroit de personnes vulnérables et sans défense lorsqu'il est en état d'ivresse » (*R. c. Ipeelee*, 2001 NWTSC 33, [2001] N.W.T.J. No. 30 (QL), par. 34). Selon la preuve d'expert produite à cette audience, M. Ipeelee ne souffrait d'aucune maladie mentale grave et était doté d'une intelligence moyenne ou supérieure à la moyenne. On a cependant diagnostiqué chez lui à la fois un trouble de la personnalité antisociale et un grave problème d'alcoolisme. Toujours selon la preuve d'expert, M. Ipeelee présentait un risque modéré-élevé à élevé de récidive violente et un risque modéré-élevé de récidive sexuelle. Après avoir évalué toute la preuve, le juge Richard a conclu que M. Ipeelee présentait un risque important de récidive et il l'a déclaré délinquant à contrôler en vertu du par. 753.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour cette agression sexuelle, M. Ipeelee a été condamné à une peine de six ans d'emprisonnement, suivis d'une surveillance de longue durée pour une période de 10 ans.

B. *L'infraction en cause dans le pourvoi*

[11] M. Ipeelee a été incarcéré jusqu'à l'expiration de son mandat de dépôt pour l'agression sexuelle

bodily harm. His LTSO came into effect on March 14, 2007, when he was released from Kingston Penitentiary to the Portsmouth Community Correctional Centre in Kingston. One of the conditions of Mr. Ipeelee's LTSO is that he abstain from using alcohol.

[12] Mr. Ipeelee's LTSO was suspended on four occasions: from June 13 to July 5, 2007, for deteriorating performance and behaviour, and attitude problems; from July 23 to September 14, 2007, for sleeping in the living room and the kitchen, contrary to house rules; from September 24 to October 24, 2007, for being agitated and noncompliant, and for refusing urinalysis; and from October 25, 2007, to May 20, 2008, as a result of a fraud charge being laid against him (the charge was subsequently withdrawn). Mr. Ipeelee served those periods of suspension at the Kingston Penitentiary.

[13] On August 20, 2008, the police found Mr. Ipeelee riding his bicycle erratically in downtown Kingston. He was obviously intoxicated and had two bottles of alcohol in his possession. He was charged with breaching a condition of his LTSO, contrary to s. 753.3(1) of the *Criminal Code*. Mr. Ipeelee pleaded guilty to that offence on November 14, 2008.

C. *Judicial History*

- (1) Ontario Court of Justice, [2009] O.J. No. 6413 (QL)

[14] On February 24, 2009, Megginson J. of the Ontario Court of Justice sentenced Mr. Ipeelee to three years' imprisonment, less six months of presentence custody at a 1:1 credit rate. He emphasized the serious nature of the offence, stating:

On its facts, this was a serious and not at all trivial breach of a very fundamental condition of the offender's [LTSO]. It is a very central and essential condition, because alcohol abuse was involved, not

causant des lésions corporelles commise en 1999. Son OSLD a pris effet le 14 mars 2007, quand il a été transféré du Pénitencier de Kingston au Centre correctionnel communautaire Portsmouth, situé lui aussi à Kingston. Entre autres conditions, l'OSLD visant M. Ipeelee lui interdit de consommer de l'alcool.

[12] L'OSLD visant M. Ipeelee a été suspendue à quatre reprises : du 13 juin au 5 juillet 2007 pour détérioration de son rendement et de son comportement et pour une attitude problématique; du 23 juillet au 14 septembre 2007 pour avoir dormi dans le salon et la cuisine en contravention des règles de la maison; du 24 septembre au 24 octobre 2007 pour avoir été agité et indiscipliné et pour avoir refusé de se soumettre à une analyse d'urine; et du 25 octobre 2007 au 20 mai 2008, par suite du dépôt d'une accusation de fraude contre lui (l'accusation a plus tard été retirée). Pendant ces suspensions, M. Ipeelee a purgé sa peine au Pénitencier de Kingston.

[13] Le 20 août 2008, la police a vu M. Ipeelee conduire sa bicyclette de façon irrégulière au centre-ville de Kingston. Il était manifestement ivre et avait deux bouteilles d'alcool en sa possession. Il a été accusé de défaut de se conformer à une condition de l'OSLD à laquelle il était soumis, en violation du par. 753.3(1) du *Code criminel*. M. Ipeelee s'est reconnu coupable de cette infraction le 14 novembre 2008.

C. *Historique judiciaire*

- (1) Cour de justice de l'Ontario, [2009] O.J. No. 6413 (QL)

[14] Le 24 février 2009, le juge Megginson, de la Cour de justice de l'Ontario, a condamné M. Ipeelee à une peine d'emprisonnement de trois ans, à laquelle il a retranché six mois pour sa période d'incarcération présentencielle, selon un ratio de 1:1. Il a insisté ainsi sur la gravité de l'infraction :

[TRADUCTION] Au vu des faits, il s'agit d'un manquement grave, et absolument pas d'un manquement anodin, à une condition très fondamentale de l'[OSLD] visant le délinquant. Il s'agit d'une condition primordiale

only in the “predicate” offence, but also in most of the offences on the offender’s criminal record. On his history, Mr. Ipeelee becomes violent when he abuses alcohol, and he was assessed as posing a significant risk of re-offending sexually. Defence counsel argued that the facts of the present breach disclose no movement toward committing another sexual offence, but I think that is beside the point. [para. 10]

[15] Megginson J. held that, when sentencing an offender for breach of an LTSO, the paramount consideration is the protection of the public and rehabilitation plays only a small role. With that in mind, he addressed the requirement imposed by s. 718.2(e) of the *Criminal Code* that he consider Mr. Ipeelee’s unique circumstances as an Aboriginal offender. He began by noting that Mr. Ipeelee’s Aboriginal status had already been considered during sentencing for the 1999 offence giving rise to the LTSO. He went on to conclude that, when protection of the public is the paramount concern, an offender’s Aboriginal status is of “diminished importance” (para. 15).

(2) Ontario Court of Appeal, 2009 ONCA 892, 99 O.R. (3d) 419

[16] Mr. Ipeelee appealed his sentence on the grounds that it was demonstrably unfit, and that the sentencing judge did not give adequate consideration to his circumstances as an Aboriginal offender. The Court of Appeal dismissed the appeal.

[17] Sharpe J.A., writing for the court, was not convinced that the sentence was demonstrably unfit. He agreed with the sentencing judge’s characterization of the offence as a serious breach of a vital condition of the LTSO. Sharpe J.A. found that, despite the sentencing judge’s comments, Mr. Ipeelee’s Aboriginal status had not factored into the sentencing decision. He did not, however, think this was an error:

et essentielle parce que la consommation excessive d’alcool a joué un rôle dans la perpétration non seulement de l’infraction « sous-jacente », mais aussi de la plupart des infractions figurant au casier judiciaire du délinquant. Selon ses antécédents, M. Ipeelee devient violent lorsqu’il abuse de l’alcool, et on a jugé qu’il présentait un risque important de récidive sexuelle. L’avocat de la défense a soutenu que les faits relatifs au manquement en cause maintenant n’indiquent aucunement qu’il s’apprêtait à commettre une autre infraction de nature sexuelle, mais cela est, selon moi, hors de propos. [par. 10]

[15] Le juge Megginson a affirmé que, lors de la détermination de la peine pour défaut de se conformer à une OSLD, la protection du public constitue le critère déterminant et la réadaptation ne joue qu’un rôle mineur. En gardant ce principe à l’esprit, il a examiné l’obligation que lui imposait l’al. 718.2e) du *Code criminel* de prendre en considération la situation propre à M. Ipeelee en tant que délinquant autochtone. Il a d’abord souligné que le statut d’Autochtone de M. Ipeelee avait déjà été pris en considération dans la détermination de sa peine pour l’infraction commise en 1999 qui était à l’origine de l’OSLD. Il a ensuite conclu que, lorsque la protection du public est le critère déterminant, le statut d’Autochtone du délinquant revêt [TRADUCTION] « moins d’importance » (par. 15).

(2) Cour d’appel de l’Ontario, 2009 ONCA 892, 99 O.R. (3d) 419

[16] M. Ipeelee a fait appel de sa peine. Selon ses moyens d’appel, cette peine était manifestement inappropriée et le juge qui la lui avait imposée n’avait pas suffisamment tenu compte de sa situation de délinquant autochtone. La Cour d’appel a rejeté le pourvoi.

[17] S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge Sharpe n’était pas convaincu du caractère manifestement inapproprié de la peine. Il a convenu avec le juge qui l’avait imposée que l’infraction constituait un manquement grave à une condition essentielle de l’OSLD. Le juge Sharpe a conclu que, malgré les commentaires du juge qui avait prononcé la sentence, le statut d’Autochtone de M. Ipeelee n’avait pas été pris en compte dans la détermination de sa peine. Cependant, à son avis, cette omission ne représentait pas une erreur :

It is not at all clear to me, however, that in the circumstances of this case, consideration of his aboriginal status should lead to a reduction in his sentence for breach of the long-term offender condition. The appellant's commission of violent offences and the risk he poses for re-offending when under the influence of alcohol make the principles of denunciation, deterrence and protection of the public paramount. This is one of those cases where "the appropriate sentence will . . . not differ as between aboriginal and non-aboriginal offenders": *R. v. Carrière*, [2002] O.J. No. 1429, 164 C.C.C. (3d) 569 (C.A.), at para. 17. As the appellant has been declared a long-term offender, "consideration of restorative justice and other features of aboriginal offender sentencing . . . play little or no role": *R. v. W. (H.P.)*, [2003] A.J. No. 479, 327 A.R. 170 (C.A.), at para. 50. [para. 13]

[18] Sharpe J.A. did concede that Mr. Ipeelee's Aboriginal background and the disadvantages he had suffered provided some insight into his repeated involvement with the criminal justice system. He concluded, however, that these considerations should not affect the sentence. He ended his reasons with a plea to correctional authorities to make every effort to provide Mr. Ipeelee with appropriate Aboriginal-oriented assistance.

III. Frank Ralph Ladue

A. *Background and Criminal History*

[19] Mr. Frank Ralph Ladue, now 49 years old, is a member of the Ross River Dena Council Band, a small community of approximately 500 people located 400 kilometres northeast of Whitehorse in the Yukon Territory. Mr. Ladue's parents had severe alcohol abuse problems, so he was raised by his grandparents. His mother and father both died when Mr. Ladue was still very young, and records indicate that his mother may have been murdered. When Mr. Ladue was five years old, he was removed from his community and sent to residential school, where he alleges he suffered serious physical, sexual, emotional and spiritual abuse.

[20] When Mr. Ladue was nine years old, he returned to Ross River to resume living with his grandparents. The effects of his residential school

[TRADUCTION] Cependant, il n'est pas du tout clair pour moi, dans les circonstances de l'espèce, que la prise en compte de son statut d'Autochtone devrait entraîner une réduction de sa peine pour manquement à la condition qui lui a été imposée en sa qualité de délinquant à contrôler. Compte tenu des infractions avec violence commises par l'appelant et du risque qu'il récidive sous l'effet de l'alcool, les principes de dénonciation, de dissuasion et de protection du public sont primordiaux. C'est l'un des cas où « la peine appropriée ne diffèrera pas [. . .] selon qu'il s'agit d'un délinquant autochtone ou d'un délinquant non autochtone » : *R. c. Carrière*, [2002] O.J. No. 1429, 164 C.C.C. (3d) 569 (C.A.), par. 17. Comme l'appelant a été déclaré délinquant à contrôler, « la justice corrective et les autres caractéristiques propres à la détermination de la peine d'un délinquant autochtone n'entre[nt] presque pas, sinon pas du tout en ligne de compte » : *R. c. W. (H.P.)*, [2003] A.J. No. 479, 327 A.R. 170 (C.A.), par. 50. [par. 13]

[18] Le juge Sharpe a reconnu que les origines autochtones de M. Ipeelee et sa situation défavorisée expliquaient en partie ses démêlés répétés avec le système de justice pénale. Il a néanmoins conclu que ces considérations ne pouvaient pas influencer sur la peine. Il a terminé ses motifs en demandant aux autorités correctionnelles de prendre toutes les mesures possibles pour que M. Ipeelee reçoive une aide adéquate en tant qu'Autochtone.

III. Frank Ralph Ladue

A. *Histoire personnelle et antécédents criminels*

[19] Maintenant âgé de 49 ans, Frank Ralph Ladue est membre du Conseil de la bande dénée de Ross River, une petite collectivité d'environ 500 habitants située à 400 kilomètres au nord-est de Whitehorse, dans le territoire du Yukon. Comme les parents de M. Ladue avaient un grave problème d'alcool, il a été élevé par ses grands-parents. Son père et sa mère sont décédés quand il était encore très jeune et, selon les dossiers, sa mère a peut-être été assassinée. À l'âge de cinq ans, M. Ladue a été retiré de sa collectivité et envoyé au pensionnat, où il dit avoir subi une grave violence physique, sexuelle, psychologique et spirituelle.

[20] À l'âge de neuf ans, M. Ladue est retourné vivre chez ses grands-parents à Ross River. Les répercussions de son séjour au pensionnat ne

experience were readily apparent. He could no longer speak his traditional language, having been forbidden to do so in residential school. Unable to communicate his painful experiences to his family, he began drinking and acting out. Before long, he was living with foster families and spending time in juvenile detention. Mr. Ladue continued to drink heavily throughout his life (with the exception of a six-year period of sobriety in the 1990s which coincided with a period free from criminal convictions). Mr. Ladue also began using heroin, cocaine and morphine while in a federal penitentiary.

[21] Mr. Ladue's life experiences may seem foreign to most Canadians, but they are all too common in Ross River. The community suffered a number of abuses in the 1940s when the United States Army was building a pipeline through the region. There were reports of community members being assaulted or raped by members of the army. The community was further traumatized through the residential school experience. The effects of that collective experience continue to be evident in the high rates of alcohol abuse and violence in the community.

[22] The first offence on Mr. Ladue's criminal record occurred in 1978 when he was 16 years old. His record lists over 40 convictions since that time, approximately 10 of which were as a young offender. Some of the offences are property-related, including taking a vehicle without consent, mischief, breaking and entering, and theft. Mr. Ladue also has a series of alcohol-related offences and convictions for failure to comply with various court orders. His violent offences include robbery convictions in 1978 and 1980, and common assault convictions in 1979 and 1982. Mr. Ladue has also been convicted of a number of sexual assaults. These sexual assaults will be described in some detail, as they ultimately led to his designation as a long-term offender.

faisaient aucun doute. Il ne pouvait plus parler sa langue traditionnelle, car on lui avait interdit de le faire au pensionnat. Incapable de relater ses expériences pénibles à sa famille, il a commencé à boire et à avoir des problèmes de comportement. Il s'est vite retrouvé dans des familles d'accueil et a fait des séjours en établissement pour jeunes contrevenants. M. Ladue a continué de boire beaucoup toute sa vie (sauf durant six ans de sobriété au cours des années 1990, période où il n'a été déclaré coupable d'aucune infraction criminelle). M. Ladue a aussi commencé à consommer de l'héroïne, de la cocaïne et de la morphine durant son incarcération dans un pénitencier fédéral.

[21] L'histoire de M. Ladue peut sembler inusitée à la plupart des Canadiens, mais elle n'est que trop banale à Ross River. Plusieurs cas de violence sont survenus dans la collectivité pendant les années 1940, à l'époque où l'armée américaine construisait un pipeline dans la région. On a signalé alors des agressions ou des viols commis par des militaires contre des membres de la collectivité. L'expérience des pensionnats s'est ajoutée aux autres traumatismes subis par la collectivité. Les taux élevés d'alcoolisme et de violence observés dans la communauté témoignent des conséquences de cette expérience collective.

[22] M. Ladue a commis la première infraction figurant à son casier judiciaire en 1978, à l'âge de 16 ans. Depuis, il a accumulé plus de 40 déclarations de culpabilité, dont une dizaine à titre de jeune contrevenant. Dans certains cas, il s'agissait d'infractions concernant des biens qui comprenaient, par exemple, prise d'un véhicule sans le consentement du propriétaire, méfait, entrée par effraction ou vol. M. Ladue a également commis plusieurs infractions liées à l'alcool et a été reconnu coupable plusieurs fois de manquements à diverses ordonnances judiciaires. Ses condamnations pour des infractions commises avec violence portaient notamment sur des accusations de vol qualifié, en 1978 et en 1980, et de voies de fait simples, en 1979 et en 1982. M. Ladue a aussi été condamné à plusieurs reprises pour des agressions sexuelles que je décrirai plus en détail, parce qu'elles ont finalement mené à sa désignation en tant que délinquant à contrôler.

[23] In 1987, Mr. Ladue entered a woman's bedroom following a party. He sexually assaulted the victim while she was either sleeping or passed out from intoxication. In 1997, Mr. Ladue sexually assaulted another woman who was passed out from intoxication. When she awoke, the bottom half of her clothing was removed and Mr. Ladue was sexually assaulting her. Another incident took place in 1998, although it did not lead to a conviction for sexual assault. Mr. Ladue entered the home of a woman who was sleeping and placed a sleeping bag over her head and shoulders. He was interrupted by the woman's daughter and he fled the residence. Mr. Ladue's sentences for these convictions ranged from four months' imprisonment (for the 1998 offence) to 30 months' imprisonment.

[24] Mr. Ladue committed the offence giving rise to his LTSO on October 6, 2002. On that date, he entered a dwelling house without permission from the occupants. The 22-year-old victim had passed out from alcohol consumption and was lying in the living room. She awoke to find Mr. Ladue touching her breasts over her clothing and attempting to unbutton her pants. She was unable to resist due to her state of intoxication. Fortunately, other residents of the house were awakened by what was going on and Mr. Ladue fled from the home. Mr. Ladue was convicted of breaking and entering and sexual assault.

[25] At the sentencing hearing (2003 YKTC 100 (CanLII)), Judge Faulkner of the Yukon Territorial Court noted the similarity surrounding the circumstances of each sexual assault. The psychological assessment prepared for the court indicated that Mr. Ladue was incapable of refraining from the use of alcohol and was unable to control his sexual impulses. He was also diagnosed as a sexual sadist and as having an antisocial personality disorder. Faulkner Terr. Ct. J. nevertheless concluded that there was some prospect for eventual management in the community, given Mr. Ladue's lengthy period of successful sobriety in the 1990s, which coincided with a period free from criminal activity. Defence counsel conceded that

[23] D'abord, en 1987, M. Ladue est entré dans la chambre d'une femme à la suite d'une fête. Il l'a agressée sexuellement pendant qu'elle se trouvait endormie ou inconsciente en raison de sa consommation d'alcool. Plus tard, en 1997, M. Ladue a agressé une autre femme que l'alcool avait rendue inconsciente. Lorsqu'elle est revenue à elle, elle était dévêtue de la taille aux pieds et M. Ladue était en train de l'agresser sexuellement. Un autre incident, survenu en 1998, n'a pas entraîné de déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. M. Ladue s'est introduit chez une femme qui dormait et lui a mis un sac de couchage sur la tête et les épaules. Il a été surpris par la fille de la femme et a pris la fuite. Ces infractions ont valu à M. Ladue des peines allant de quatre mois (pour l'infraction de 1998) à 30 mois d'emprisonnement.

[24] M. Ladue a commis l'infraction à l'origine de son OSLD le 6 octobre 2002. Ce jour-là, il a pénétré dans une maison d'habitation sans l'autorisation des occupants. La victime de 22 ans avait perdu connaissance sous l'effet de l'alcool et était étendue sur le plancher du salon. À son réveil, elle a constaté que M. Ladue lui touchait les seins par-dessus ses vêtements et essayait de déboutonner son pantalon. Elle était incapable de se défendre en raison de son état d'ébriété. Heureusement, d'autres résidents de la maison ont été réveillés par ce qui se passait et M. Ladue s'est enfui de la maison. Il a été reconnu coupable d'entrée par effraction et d'agression sexuelle.

[25] À l'audience de détermination de la peine (2003 YKTC 100 (CanLII)), le juge Faulkner de la Cour territoriale du Yukon a souligné la similitude des circonstances de chacune des agressions sexuelles. L'évaluation psychologique préparée à la demande de la cour concluait que M. Ladue ne pouvait ni s'empêcher de consommer de l'alcool ni maîtriser ses pulsions sexuelles. Le diagnostic établi conclut qu'il était aussi un sadique sexuel et qu'il souffrait d'un trouble de la personnalité antisociale. Le juge Faulkner a néanmoins reconnu la possibilité que le risque présenté par M. Ladue puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, en raison de sa longue période de sobriété au cours des années 1990, durant laquelle il s'était abstenu

the requirements of s. 753.1 of the *Criminal Code* were met, and Mr. Ladue was designated as a long-term offender. Faulkner Terr. Ct. J. sentenced Mr. Ladue to three years' imprisonment for breaking and entering and committing sexual assault, after taking into account the 14 months he had spent in custody prior to sentencing. He also imposed a seven-year LTSO.

B. *The Current Offence*

[26] Mr. Ladue's LTSO began on December 1, 2006, when he was released from prison for the 2002 offence giving rise to the LTSO. The LTSO has been suspended on numerous occasions. In addition, Mr. Ladue's criminal record includes two previous convictions for breaching a condition of the LTSO. On June 5, 2007, he was convicted of two counts of breaching the condition in the LTSO that he abstain from intoxicants. He received concurrent six-month sentences of imprisonment with credit for four and a half months of pre-sentence custody. On June 19, 2008, he was convicted of breaching the same condition and was sentenced to one day of imprisonment after being credited for one year of pre-sentence custody.

[27] On August 12, 2009, Mr. Ladue was released from prison following a suspension of his LTSO. He was supposed to be released to Linkage House in Kamloops, British Columbia, where he anticipated receiving considerable culturally relevant support from an Aboriginal Elder. Instead, Mr. Ladue was arrested at the prison gate on an outstanding DNA warrant. The warrant had been ordered months earlier but, as a result of an administrative error by Crown officials, it was not executed during Mr. Ladue's period of detention. Furthermore, the warrant may have been superfluous as it appears Mr. Ladue had already provided his DNA under a previous warrant. Mr. Ladue was detained until the warrant was executed and, as a result of that delay, he lost his placement at Linkage House. Instead, he was released to Belkin House in downtown Vancouver, despite his concerns over the propriety

de toute activité criminelle. L'avocat de la défense a reconnu que les conditions énumérées à l'art. 753.1 du *Code criminel* étaient réunies, et M. Ladue a été déclaré délinquant à contrôler. Le juge Faulkner a condamné M. Ladue à trois ans d'emprisonnement pour l'entrée par effraction et l'agression sexuelle, compte tenu des 14 mois qu'il avait passés en détention présentencielle. Il lui a également imposé une OSLD d'une durée de sept ans.

B. *L'infraction en cause dans le pourvoi*

[26] L'OSLD visant M. Ladue a pris effet le 1^{er} décembre 2006, lorsqu'il a été libéré après avoir purgé sa peine d'emprisonnement pour l'infraction de 2002 à l'origine de l'OSLD. L'OSLD a été suspendue à maintes reprises. De plus, il a été déclaré coupable de deux violations de l'OSLD. D'abord, le 5 juin 2007, il a été déclaré coupable de deux chefs de manquement à la condition de l'OSLD lui interdisant de consommer des substances intoxicantes. Il s'est vu infliger des peines concurrentes de six mois d'emprisonnement, desquelles ont été retranchés les quatre mois et demi mois qu'il avait passés en détention avant de recevoir sa sentence. Ensuite, le 19 juin 2008, il a été reconnu coupable d'un manquement à la même condition et il a été condamné à un jour d'emprisonnement compte tenu de sa détention présentencielle d'un an.

[27] Le 12 août 2009, M. Ladue a été libéré après une autre suspension de l'OSLD. À sa libération, il devait être envoyé à la Linkage House, à Kamloops, en Colombie-Britannique, où il s'attendait à recevoir un soutien considérable adapté à sa culture auprès d'un aîné autochtone. Il a plutôt été arrêté dès sa sortie de la prison en vertu d'un mandat d'analyse génétique non exécuté. Le mandat avait été délivré plusieurs mois auparavant, mais n'avait pas été exécuté au cours de la détention de M. Ladue à cause d'une erreur administrative commise par des représentants du ministère public. En outre, le mandat était peut-être inutile, car M. Ladue avait semble-t-il déjà fourni un échantillon d'ADN en exécution d'un mandat antérieur. M. Ladue a été détenu jusqu'à l'exécution du mandat et il a perdu sa place à la Linkage House en raison de ce délai. Il a été envoyé plutôt à la Belkin House, au

of the placement due to the accessibility of drugs both in the residence and in the neighbourhood. Once at Belkin House, Mr. Ladue began associating with another offender who was a known drug user. Mr. Ladue was asked to provide a urine sample on August 19. On August 24, he advised the staff that the urinalysis would come back positive for cocaine, which it did. Mr. Ladue provided a second urine sample on August 27, which also returned positive for cocaine. He was charged with breaching a condition of his LTSO, contrary to s. 753.3(1) of the *Criminal Code* and pleaded guilty to that offence on February 10, 2010.

C. *Judicial History*

- (1) Provincial Court of British Columbia, 2010 BCPC 410 (CanLII)

[28] At the sentencing hearing, the Crown requested a sentence in the range of 18 months to two years. Bagnall Prov. Ct. J. concluded that this range was inadequate in the circumstances. She emphasized the serious nature of the offence:

Once released from custody, even under close supervision, Mr. Ladue's pattern is to relapse very quickly back into drug or alcohol use. He cannot be managed, nor can he manage himself in the community at the present time. The harm that is likely for another member of the community, or members of the community, if Mr. Ladue consumes intoxicants is very serious. This can be seen from the history that I have detailed. [para. 31]

Bagnall Prov. Ct. J. therefore held that isolation was the most important sentencing objective in the circumstances and imposed a three-year term of imprisonment, less five months of pre-sentence custody at a 1.5:1 credit rate. Bagnall Prov. Ct. J. referred to the tragic aspects of Mr. Ladue's history, but apparently concluded that they should not impact on his sentence.

centre-ville de Vancouver, malgré ses réserves sur l'opportunité d'y être envoyé, à cause de la facilité de l'accès aux drogues à la fois dans la résidence et dans le quartier environnant. À la Belkin House, M. Ladue a commencé à fréquenter un autre délinquant connu pour consommer de la drogue. Le 19 août, on a demandé à M. Ladue de fournir un échantillon d'urine. Le 24 août, il a informé le personnel de la Belkin House que les résultats de l'analyse révéleraient la présence de cocaïne dans son urine, ce qui arriva. Il a fourni un deuxième échantillon d'urine le 27 août et les résultats de son analyse ont aussi révélé la présence de cocaïne. En conséquence, il a été accusé de manquement à une condition de l'OSLD rendue à son égard, en violation du par. 753.3(1) du *Code criminel*. Il a reconnu sa culpabilité à cette infraction le 10 février 2010.

C. *Historique judiciaire*

- (1) Cour provinciale de la Colombie-Britannique, 2010 BCPC 410 (CanLII)

[28] À l'audience de détermination de la peine, le ministère public a demandé une peine de 18 mois à deux ans d'emprisonnement. La juge Bagnall de la Cour provinciale a estimé que cette fourchette était inappropriée dans les circonstances. Elle a insisté en ces termes sur la gravité de l'infraction :

[TRADUCTION] Une fois sorti de prison, M. Ladue a l'habitude de se remettre très rapidement à consommer de la drogue ou de l'alcool, même s'il fait l'objet d'une étroite surveillance. Le risque qu'il présente ne peut pas être maîtrisé, et il n'arrive pas non plus pour l'instant à se maîtriser au sein de la collectivité. Le danger que M. Ladue représente pour un autre membre ou l'ensemble de la collectivité s'il consomme des substances intoxicantes est très grave. C'est ce qui ressort des antécédents que j'ai exposés en détail. [par. 31]

La juge Bagnall a donc conclu que l'isolement était le plus important objectif de la détermination de la peine dans les circonstances et a condamné M. Ladue à trois ans d'emprisonnement, dont elle a retranché 1,5 jour pour chaque jour de sa détention présentencielle qui avait duré cinq mois. La juge Bagnall a mentionné les aspects tragiques de la vie de M. Ladue, mais elle a apparemment décidé qu'ils ne devaient avoir aucun effet sur la peine à lui infliger.

(2) Court of Appeal for British Columbia,
2011 BCCA 101, 302 B.C.A.C. 93

[29] Mr. Ladue appealed his sentence on the grounds that the sentencing judge failed to adequately consider his circumstances as an Aboriginal offender, and that the ultimate sentence was unfit. The majority of the Court of Appeal allowed his appeal and reduced the sentence to one year's imprisonment. Chiasson J.A., dissenting, would have allowed the appeal and imposed a two-year sentence.

[30] Bennett J.A., writing for the majority, began by reviewing the principles and objectives of sentencing set out in the *Criminal Code*. She discussed, in detail, s. 718.2(e) of the *Code* and this Court's decision in *Gladue*. Bennett J.A. concluded that, although the sentencing judge was alive to Mr. Ladue's unique circumstances as an Aboriginal offender, she did not give any tangible consideration to those circumstances in determining the appropriate sentence. As a result, the sentencing judge had overemphasized the objective of isolation of the offender at the expense of rehabilitation and failed to meet the requirements of s. 718.2(e): "If effect is to be given to Parliament's direction in s. 718.2(e), then there must be more than a reference to the provision. It must be given substantive weight, which will often impact the length and type of sentence imposed" (para. 64).

[31] Bennett J.A. concluded that a three-year sentence was not proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, especially considering Mr. Ladue's background and how he came to be at Belkin House. At para. 63, she states:

Mr. Ladue desires to succeed, as exhibited by his request not to be sent to Belkin House. However, he is addicted to drugs and alcohol, which can directly be related to how he was treated as an Aboriginal person. He has not reoffended in a manner which threatens the safety of the public. He will ultimately be released into the community without supervision. Unless he can manage his alcohol and drug addiction in the community he

(2) Cour d'appel de la Colombie-Britannique,
2011 BCCA 101, 302 B.C.A.C. 93

[29] M. Ladue a interjeté appel de la sentence. Selon ses prétentions, la juge de première instance n'avait pas tenu suffisamment compte de sa situation de délinquant autochtone et la peine qu'elle lui a finalement infligée était inappropriée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli son appel et réduit sa peine à un an d'emprisonnement. Le juge Chiasson, dissident, était d'avis d'accueillir l'appel et de condamner M. Ladue à deux ans d'emprisonnement.

[30] S'exprimant au nom de la majorité, la juge Bennett a d'abord examiné les principes et objectifs de la détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. Elle a analysé en détail l'al. 718.2e) du *Code* et l'arrêt *Gladue* de notre Cour. Selon la juge Bennett, la juge qui avait prononcé la sentence était consciente de la situation particulière de M. Ladue en tant que délinquant autochtone, mais elle ne l'avait pas prise en compte concrètement dans la détermination de la peine appropriée. En conséquence, elle avait trop privilégié l'objectif de l'isolement du délinquant du reste de la société aux dépens de celui de la réadaptation et n'avait pas respecté l'al. 718.2e) : [TRADUCTION] « Pour donner effet à la directive donnée par le législateur à l'al. 718.2e), il ne suffit pas de mentionner cette disposition. On doit lui attribuer un poids appréciable, ce qui influera, dans bien des cas, sur la nature et la durée de la peine » (par. 64).

[31] La juge Bennett a conclu qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'était pas proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, surtout compte tenu de l'histoire personnelle de M. Ladue et des circonstances dans lesquelles il s'était retrouvé à la Belkin House. Voici ce qu'elle a affirmé au par. 63 :

[TRADUCTION] M. Ladue souhaite réussir, comme en témoigne sa demande de ne pas être renvoyé à la Belkin House. Il souffre toutefois d'une dépendance aux drogues et à l'alcool, qui peut avoir un lien direct avec la façon dont il a été traité à titre d'Autochtone. Il n'a pas récidivé de manière à compromettre la sécurité de la population. Il finira par être libéré sans surveillance dans la collectivité. S'il ne réussit pas à maîtriser sa

will very likely be a threat to the public. Repeated efforts at abstinence are not unusual for those dealing with addiction. Indeed, Mr. Ladue demonstrated that he is capable of abstinence as shown by his conduct a number of years ago.

Bennett J.A. therefore reduced the sentence to one year's imprisonment.

[32] Chiasson J.A. would have allowed the appeal and reduced the sentence to two years' imprisonment. He did not agree with the majority that the sentencing judge had erred in her consideration of Mr. Ladue's Aboriginal circumstances. However, in Chiasson J.A.'s view, the sentencing judge had been wrong in failing to consider that the present breach did not place Mr. Ladue on the path to reoffending. In Chiasson J.A.'s view, a sentence of two years was a sufficient step-up from Mr. Ladue's previous sentence to reflect the severity of the offence. Imposing a sentence of three years, on the other hand, would risk placing Mr. Ladue beyond hope of redemption.

IV. Issues

[33] These two appeals raise issues concerning the application of the principles and objectives of sentencing set out in Part XXIII of the *Criminal Code*. Specifically, the Court must determine the principles governing the sentencing of Aboriginal offenders, including the proper interpretation and application of this Court's judgment in *Gladue*, and the application of those principles to the breach of an LTSO. Finally, given those principles, the Court must determine whether either of the decisions under appeal contains an error in principle or imposes an unfit sentence warranting appellate intervention.

V. Analysis

A. *The Principles of Sentencing*

[34] The central issue in these appeals is how to determine a fit sentence for a breach of an LTSO in

dépendance à l'alcool et aux drogues dans la collectivité, il représentera fort probablement une menace pour la population. Les tentatives répétées d'abstinence ne sont pas inhabituelles chez les personnes aux prises avec une dépendance. En fait, M. Ladue a démontré qu'il était capable d'abstinence, comme en fait foi son comportement d'il y a plusieurs années.

La juge Bennett a donc réduit la peine à un an d'emprisonnement.

[32] Le juge Chiasson était d'avis d'accueillir l'appel et de réduire la peine à deux ans d'emprisonnement. Il ne s'est pas rallié à l'opinion de la majorité que la juge de première instance avait commis une erreur dans sa prise en compte du statut d'Autochtone de M. Ladue en prononçant sa sentence. Toutefois, selon le juge Chiasson, elle avait omis à tort de prendre en considération le fait que le manquement en cause n'avait pas amené M. Ladue à récidiver. Toujours selon lui, la sévérité accrue d'une peine de deux ans d'emprisonnement par rapport à la peine précédente purgée par M. Ladue était suffisante pour tenir compte de la gravité de l'infraction. Par contre, une peine de trois ans d'emprisonnement risquerait de lui faire perdre tout espoir de se racheter.

IV. Les questions en litige

[33] Les deux pourvois soulèvent des questions concernant l'application des principes et objectifs de la détermination de la peine énoncés dans la partie XXIII du *Code criminel*. Plus précisément, la Cour doit établir les principes qui régissent la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones, y compris l'interprétation et l'application correctes de l'arrêt *Gladue* de notre Cour, et statuer sur l'application de ces principes à la violation d'une OSLD. Enfin, compte tenu de ces principes, la Cour doit décider si l'une ou l'autre des décisions portées en appel comporte une erreur de principe ou impose une peine inappropriée justifiant une intervention en appel.

V. Analyse

A. *Les principes de la détermination de la peine*

[34] La principale question que soulèvent les pourvois est de savoir comment déterminer une

the case of an Aboriginal offender. In particular, the Court must address whether, and how, the *Gladue* principles apply to these sentencing decisions. But first, it is important to review the principles that guide sentencing under Canadian law generally.

[35] In 1996, Parliament amended the *Criminal Code* to specifically codify the objectives and principles of sentencing (*An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 (Bill C-41)). According to s. 718, the fundamental purpose of sentencing is to contribute to “respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. This is accomplished by imposing “just sanctions” that reflect one or more of the traditional sentencing objectives: denunciation, general and specific deterrence, separation of offenders, rehabilitation, reparation to victims, and promoting a sense of responsibility in offenders and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

[36] The *Criminal Code* goes on to list a number of principles to guide sentencing judges. The fundamental principle of sentencing is that the sentence must be proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. As this Court has previously indicated, this principle was not borne out of the 1996 amendments to the *Code* but, instead, has long been a central tenet of the sentencing process (see, e.g., *R. v. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33 (Ont. C.A.), and, more recently, *R. v. Solowan*, 2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309, at para. 12, and *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at paras. 40-42). It also has a constitutional dimension, in that s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* forbids the imposition of a grossly disproportionate sentence that would outrage society’s standards of decency. In a similar vein, proportionality in sentencing could aptly be

peine appropriée pour la violation d’une OSLD dans le cas d’un délinquant autochtone. Plus particulièrement, la Cour doit décider si, et de quelle façon, les principes de détermination de la peine formulés dans *Gladue* s’appliquent dans ce contexte. Mais d’abord, il importe d’examiner les principes qui régissent la détermination de la peine de façon générale en droit canadien.

[35] En 1996, le législateur a modifié le *Code criminel* pour y codifier explicitement les objectifs et principes de détermination de la peine (*Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (projet de loi C-41)). Selon l’art. 718, le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer au « respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». Cet objectif est réalisé par l’infliction de « sanctions justes » qui reflètent un ou plusieurs des objectifs traditionnels de la détermination de la peine : la dénonciation, la dissuasion générale et spécifique, l’isolement des délinquants du reste de la société, la réinsertion sociale, la réparation des torts causés aux victimes et la conscientisation des délinquants quant à leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu’ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

[36] Le *Code criminel* énumère ensuite un certain nombre de principes pour guider les juges dans la détermination de la peine. Le principe fondamental de détermination de la peine exige que la peine soit proportionnelle à la fois à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Comme notre Cour l’a déjà affirmé, ce principe ne découle pas des modifications apportées au *Code* en 1996; il s’agit depuis longtemps d’un précepte central de la détermination de la peine (voir notamment *R. c. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33 (C.A. Ont.), et, plus récemment, *R. c. Solowan*, 2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309, par. 12, et *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 40-42). Ce principe possède aussi une dimension constitutionnelle, puisque l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdit l’infliction d’une peine qui serait exagérément disproportionnée au point de ne pas être compatible avec le

described as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

[37] The fundamental principle of sentencing (i.e., proportionality) is intimately tied to the fundamental purpose of sentencing — the maintenance of a just, peaceful and safe society through the imposition of just sanctions. Whatever weight a judge may wish to accord to the various objectives and other principles listed in the *Code*, the resulting sentence must respect the fundamental principle of proportionality. Proportionality is the *sine qua non* of a just sanction. First, the principle ensures that a sentence reflects the gravity of the offence. This is closely tied to the objective of denunciation. It promotes justice for victims and ensures public confidence in the justice system. As Wilson J. expressed in her concurring judgment in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533:

It is basic to any theory of punishment that the sentence imposed bear some relationship to the offence; it must be a “fit” sentence proportionate to the seriousness of the offence. Only if this is so can the public be satisfied that the offender “deserved” the punishment he received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system.

Second, the principle of proportionality ensures that a sentence does not exceed what is appropriate, given the moral blameworthiness of the offender. In this sense, the principle serves a limiting or restraining function and ensures justice for the offender. In the Canadian criminal justice system, a just sanction is one that reflects both perspectives on proportionality and does not elevate one at the expense of the other.

[38] Despite the constraints imposed by the principle of proportionality, trial judges enjoy a broad discretion in the sentencing process. The determination of a fit sentence is, subject to any specific statutory rules that have survived *Charter*

principe de la dignité humaine propre à la société canadienne. Dans le même ordre d’idées, on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*.

[37] Le principe fondamental de la détermination de la peine — la proportionnalité — est intimement lié à son objectif essentiel — le maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’imposition de sanctions justes. Quel que soit le poids qu’un juge souhaite accorder aux différents objectifs et aux autres principes énoncés dans le *Code*, la peine qu’il inflige doit respecter le principe fondamental de proportionnalité. La proportionnalité représente la condition *sine qua non* d’une sanction juste. Premièrement, la reconnaissance de ce principe garantit que la peine reflète la gravité de l’infraction et crée ainsi un lien étroit avec l’objectif de dénonciation. La proportionnalité favorise ainsi la justice envers les victimes et assure la confiance du public dans le système de justice. La juge Wilson a exprimé ce principe de la manière suivante dans ses motifs concordants, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533 :

Il est essentiel, dans toute théorie des peines, que la sentence imposée ait un certain rapport avec l’infraction. Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l’infraction. Ce n’est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant « méritait » la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l’équité et la rationalité du système.

Deuxièmement, le principe de proportionnalité garantit que la peine n’excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant. En ce sens, il joue un rôle restrictif et assure la justice de la peine envers le délinquant. En droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n’en privilégie aucune par rapport à l’autre.

[38] Malgré les contraintes imposées par le principe de proportionnalité, les juges de première instance jouissent d’un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine. Sous réserve des dispositions législatives particulières dont la

scrutiny, a highly individualized process. Sentencing judges must have sufficient manoeuvrability to tailor sentences to the circumstances of the particular offence and the particular offender. Appellate courts have recognized the scope of this discretion and granted considerable deference to a judge's choice of sentence. As Lamer C.J. stated in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*. [Emphasis in original.]

[39] There are limits, however, to the deference that will be afforded to a trial judge. Appellate courts have a duty to ensure that courts properly apply the legal principles governing sentencing. In every case, an appellate court must be satisfied that the sentence under review is proportionate to both the gravity of *the offence* and the degree of responsibility of *the offender*. I will now turn to an assessment of these factors as they pertain to the present appeals.

B. *The Offence — Sentencing for Breach of a Long-Term Supervision Order*

[40] These two appeals involve persons designated as long-term offenders who are charged with breaching a condition of their LTSOs. This is the first time the Court has had the opportunity to discuss this particular offence. In order to weigh the various principles and objectives of sentencing and reach a conclusion regarding a fit sentence, it is important to understand the long-term offender regime.

conformité à la *Charte* a été reconnue, le prononcé d'une peine appropriée reste un processus fortement individualisé. Les juges chargés d'imposer les peines doivent disposer d'une latitude suffisante pour les adapter aux circonstances de l'infraction et à la situation du contrevenant en cause. Les cours d'appel reconnaissent la portée de ce pouvoir discrétionnaire et font preuve d'une retenue considérable à l'égard de la peine fixée par le juge. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90 :

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel* et l'importance de celle-ci. [Souligné dans l'original.]

[39] Cependant, la retenue envers le juge de première instance comporte des limites. En effet, il incombe aux cours d'appel de s'assurer que les tribunaux appliquent correctement les principes régissant la détermination de la peine qui ont été établis par la loi. Dans tous les cas, la cour d'appel doit être convaincue que la peine contestée est proportionnelle à la fois à la gravité de *l'infraction* et au degré de responsabilité *du délinquant*. J'examinerai maintenant le rôle de ces facteurs dans les présents pourvois.

B. *L'infraction — La peine à infliger pour manquement à une ordonnance de surveillance de longue durée*

[40] Les deux pourvois mettent en cause des personnes déclarées délinquants à contrôler qui sont accusées de manquement à une condition de l'OSLD rendue à leur endroit. Pour la première fois, la Cour a l'occasion d'analyser cette infraction précise. Pour sopeser les différents principes et objectifs de la détermination de la peine et décider quelle peine est appropriée, il est important de bien comprendre le régime applicable aux délinquants à contrôler.

[41] Part XXIV of the *Criminal Code* sets out the process for designating offenders as either dangerous or long-term offenders. Special provisions to deal with the unique circumstances of habitual repeat offenders have existed in Canada since the first half of the twentieth century. In 1938, the Archambault Commission recommended that legislation be enacted to provide for the indeterminate detention of hardened criminals (*Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada*). The purpose of this detention, according to the Commission, was to be “neither punitive nor reformatory but primarily segregation from society” (cited in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 321-22).

[42] In 1947, Canada acted on the recommendations of the Archambault Commission and introduced its first piece of legislation authorizing the indeterminate detention of “habitual criminals” (*An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1947, c. 55, s. 18). Amendments made in 1977 narrowed the scope of the provision to specifically target “dangerous offenders” — those convicted of serious personal injury offences (*Criminal Law Amendment Act, 1977*, S.C. 1977, c. 53, s. 14). La Forest J. described the rationale of the legislation in *Lyons*, at p. 329:

It is thus important to recognize the precise nature of the penological objectives embodied in Part XXI [now Part XXIV]. It is clear that the indeterminate detention is intended to serve both punitive and preventive purposes. Both are legitimate aims of the criminal sanction. Indeed, when society incarcerates a robber for, say, ten years, it is clear that its goal is both to punish the person and prevent the recurrence of such conduct during that period. Preventive detention in the context of Part XXI, however, simply represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased. Part XXI merely enables the court to accommodate its sentence to the common sense reality that the present condition of the offender is such that he or she is not inhibited by normal standards of behavioural restraint so that future violent acts can quite confidently be

[41] La partie XXIV du *Code criminel* établit la procédure à suivre pour déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux ou un délinquant à contrôler. Au Canada, il existe des dispositions spéciales traitant de la situation particulière des récidivistes chroniques depuis la première moitié du XX^e siècle. La Commission Archambault a recommandé en 1938 l’adoption d’une loi prévoyant la détention des criminels endurcis pour une durée indéterminée (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur le système pénal du Canada*). Selon la Commission, cette détention avait pour but non « pas de punir ni de réformer les détenus mais avant tout de les isoler de la société » (cité dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 321-322).

[42] En 1947, le Canada a donné suite aux recommandations de la Commission Archambault et adopté la première mesure législative autorisant la détention des « repris de justice » pour une durée indéterminée (*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1947, ch. 55, art. 18). Les modifications apportées en 1977 ont restreint la portée de cette disposition pour qu’elle vise explicitement les « délinquants dangereux » — ceux reconnus coupables d’infractions constituant des sévices graves à la personne (*Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, L.C. 1977, ch. 53, art. 14). Le juge La Forest a décrit en ces termes la raison d’être de cette mesure législative dans *Lyons*, p. 329 :

D’où l’importance de reconnaître la nature précise des objectifs pénologiques de la partie XXI [maintenant la partie XXIV]. Il est clair que la détention pour une période indéterminée répond à des fins à la fois punitives et préventives. L’une et l’autre constituent des buts légitimes de la sanction pénale. De fait, lorsque la société incarcère un voleur pendant dix ans, par exemple, il est évident que le but visé est double : punir l’auteur du crime et empêcher la récidive pendant cette période. Toutefois, la détention préventive dans le contexte de la partie XXI représente simplement un jugement que l’importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtement peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s’accroître proportionnellement. La partie XXI ne fait que permettre à la cour d’adapter la peine à la réalité bien évidente que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n’est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu’on peut s’attendre avec un grand

expected of that person. In such circumstances it would be folly not to tailor the sentence accordingly. [Emphasis in original.]

[43] The rationale for the dangerous offender designation can be contrasted with that of the long-term offender provisions, which were not introduced to the *Criminal Code* until 1997. That year, extensive amendments were made to Part XXIV of the *Criminal Code* by Bill C-55 (*An Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Department of the Solicitor General Act*, S.C. 1997, c. 17). These amendments, following the recommendations of the Federal/Provincial/Territorial Task Force on High-Risk Violent Offenders (“Task Force”), introduced the long-term offender designation and the availability of LTSOs. The Task Force noted that a lacuna existed in the law whereby serious offenders were denied the support of extended community supervision, except through the parole process. LTSOs were designed to fill this gap and supplement the all-or-nothing alternatives of definite or indefinite detention (Report of the Federal/Provincial/Territorial Task Force on High-Risk Violent Offenders, *Strategies for Managing High-Risk Offenders* (1995)).

[44] Section 753.1(1) of the *Criminal Code* now directs when a court may designate an offender as a long-term offender. The section states:

753.1 (1) The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

(a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;

degré de certitude à ce que cette personne commette des actes de violence dans l'avenir. Il serait donc insensé que de ne pas fixer la peine en conséquence. [Souligné dans l'original.]

[43] Il est utile de comparer la raison d'être de la déclaration de délinquant dangereux avec celle des dispositions visant les délinquants à contrôler, qui n'ont été incorporées au *Code criminel* qu'en 1997. Cette année-là, des modifications considérables furent apportées à la partie XXIV du *Code criminel* au moyen du projet de loi C-55 (*Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.C. 1997, ch. 17). Ces modifications, qui donnaient effet à la recommandation du Groupe de travail fédéral/provincial/territorial sur les délinquants à risque élevé de violence (« Groupe de travail »), ont instauré la déclaration de délinquant à contrôler et créé la possibilité de rendre des OSLD. Le Groupe de travail a souligné que la loi souffrait d'une lacune : les auteurs d'infractions graves étaient privés du soutien que comporte une surveillance prolongée dans la collectivité, sauf par la libération conditionnelle. Les OSLD visaient à combler cette lacune et à compléter les solutions du tout ou rien que représentaient la détention à durée déterminée et la détention à durée indéterminée (Rapport du Groupe de travail fédéral/provincial/territorial sur les délinquants violents à risque élevé, *Stratégies pour la gestion des délinquants à risque élevé* (1995)).

[44] Le paragraphe 753.1(1) du *Code criminel* précise les circonstances dans lesquelles le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler :

753.1 (1) Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;

(b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and

(c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

If the court finds an offender to be a long-term offender, it must impose a sentence of two years or more for the predicate offence and order that the offender be subject to long-term supervision for a period not exceeding 10 years (*Criminal Code*, s. 753.1(3)).

[45] LTSOs are administered in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”). LTSOs must include the conditions set out in s. 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620. In addition, the National Parole Board (“NPB”) may include any other condition “that it considers reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful reintegration into society of the offender” (CCRA, s. 134.1(2)). A member of the NPB may suspend an LTSO when an offender breaches any of the LTSO conditions, or where the NPB is satisfied that suspension is necessary and reasonable to prevent such a breach or to protect society (CCRA, s. 135.1(1)). Offenders serve the duration of the period of suspension in a federal penitentiary. Failure or refusal to comply with an LTSO is also an indictable offence under s. 753.3(1) of the *Criminal Code*, punishable by up to 10 years’ imprisonment.

[46] According to the CCRA, “[t]he purpose of conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens” (s. 100). The CCRA also sets out a number of principles that shall guide the NPB in achieving the purpose of conditional release. These include, *inter alia*, “that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case”

b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;

c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

Si le tribunal déclare que le délinquant est un délinquant à contrôler, il doit lui imposer une peine minimale d’emprisonnement de deux ans pour l’infraction sous-jacente et ordonner qu’il soit soumis à une surveillance de longue durée pour une période maximale de 10 ans (*Code criminel*, par. 753.1(3)).

[45] Les OSLD sont exécutées conformément à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLSC »). L’OSLD doit contenir les conditions prévues au par. 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620. De plus, la Commission nationale des libérations conditionnelles (« CNLC ») peut y insérer toutes les autres conditions « qu’elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant » (LSCMLSC, par. 134.1(2)). Un membre de la CNLC peut suspendre une OSLD en cas de manquement à l’une de ses conditions, ou s’il est convaincu que la suspension de l’ordonnance est raisonnable et nécessaire pour éviter la violation de l’OSLD ou pour protéger la société (LSCMLSC, par. 135.1(1)). Pendant la suspension de l’OSLD, le délinquant purge sa peine dans un pénitencier fédéral. Selon le par. 753.3(1) du *Code criminel*, le défaut ou le refus de se conformer à une OSLD constitue aussi un acte criminel punissable d’un emprisonnement maximal de 10 ans.

[46] La LSCMLSC précise que « [l]a mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d’une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois » (art. 100). La LSCMLSC énonce aussi plusieurs principes destinés à guider la CNLC dans la réalisation de l’objet de la mise en liberté sous condition. Elle dispose notamment que « la protection de la société est le critère déterminant dans tous

and “that parole boards make the least restrictive determination consistent with the protection of society” (*CCRA*, ss. 101(a) and 101(d)). These principles are intended to guide the NPB in its decision making, whereas courts must adhere to the principles set out in the *Criminal Code* when sentencing for breach of an LTSO.

[47] The legislative purpose of an LTSO, a form of conditional release governed by the *CCRA*, is therefore to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by facilitating the rehabilitation and reintegration of long-term offenders. This direction is consistent with this Court’s discussion at para. 42 of *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, on the distinction between the dangerous offender designation (which does not include a period of conditional release) and the long-term offender designation.

Although they both contribute to assuring public safety, the dangerous offender and long-term offender designations have different objectives. Unlike a *dangerous* offender (s. 753 *Cr. C.*), who will continue to be deprived of liberty, since such offenders are kept in prison to separate them from society (s. 718.1), a *long-term* offender serves a sentence of imprisonment of two years or more and is then subject to an order of supervision in the community for a period not exceeding 10 years for the purpose of assisting in his or her rehabilitation (s. 753.1(3) *Cr. C.*). This measure, which is less restrictive than the indeterminate period of incarceration that applies to dangerous offenders, protects society and is at the same time consistent with [TRANSLATION] “the principles of proportionality and moderation in the recourse to sentences involving a deprivation of liberty” (Dadour, at p. 228). [Emphasis in original.]

[48] Reading the *Criminal Code*, the *CCRA* and the applicable jurisprudence together, we can therefore identify two specific objectives of long-term supervision as a form of conditional release: (1) protecting the public from the risk of reoffence, and (2) rehabilitating the offender and reintegrating him or her into the community. The latter objective may properly be described as the ultimate purpose of an LTSO, as indicated by s. 100 of the *CCRA*,

les cas » et que « le règlement des cas doit, compte tenu de la protection de la société, être le moins restrictif possible » (*LSCMLSC*, al. 101a) et d)). Ces principes guident la CNLC lorsqu’elle rend ses décisions. Cependant, les tribunaux doivent déterminer la peine à infliger pour un manquement à une OSLD en appliquant les principes énoncés dans le *Code criminel*.

[47] Aux termes de la loi, l’OSLD, qui représente une forme de mise en liberté sous condition régie par la *LSCMLSC*, a donc pour objet de contribuer au maintien d’une société juste, paisible et sûre en favorisant la réadaptation et la réinsertion des délinquants à contrôler. Ce principe directeur demeure en harmonie avec l’analyse faite par notre Cour — au par. 42 de l’arrêt *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163 — de la distinction entre la déclaration de délinquant dangereux (qui ne comporte pas de mise en liberté sous condition) et la déclaration de délinquant à contrôler.

Bien qu’elles concourent toutes les deux à protéger la sécurité publique, les mesures de déclaration de délinquant dangereux et de délinquant à contrôler correspondent à des objectifs différents. En effet, à la différence du délinquant *dangereux* (art. 753 *C. cr.*) qui continuera à subir une privation de liberté puisqu’on le gardera incarcéré pour être isolé du reste de la société (art. 718.1), le délinquant à *contrôler* subit une peine d’emprisonnement d’au moins deux ans, après quoi on le soumet à une ordonnance de surveillance dans la collectivité pour une période maximale de 10 ans afin de favoriser sa réinsertion sociale (par. 753.1(3) *C. cr.*). Moins contraignante que l’incarcération pour une durée indéterminée réservée aux délinquants dangereux, cette mesure permet d’assurer la protection de la société tout en respectant « les principes de proportionnalité et de modération dans le recours aux peines privatives de liberté » (Dadour, p. 228). [En italique dans l’original.]

[48] L’examen simultané du *Code criminel*, de la *LSCMLSC* et de la jurisprudence permet d’identifier deux objectifs particuliers de la surveillance de longue durée, comme forme de libération conditionnelle : (1) la protection du public contre le risque de récidive et (2) la réadaptation et la réinsertion sociale du délinquant. Le second objectif peut être décrit à juste titre comme l’objectif ultime d’une OSLD, comme l’indique l’art. 100 de la

though it is inextricably entwined with the former. Unfortunately, provincial and appellate courts have tended to emphasize the protection of the public at the expense of the rehabilitation of offenders. This, in turn, has affected their determinations of what is a fit sentence for breaching a condition of an LTSO.

[49] *R. v. W. (H.P.)*, 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20, is the leading appellate court decision to consider the matter. In that case, the Alberta Court of Appeal canvassed the purpose of the long-term offender regime and how it bears on the sentencing process for breach of an LTSO. Ritter J.A. summarized the view of the court, at para. 46, stating:

Because the protection of society is the paramount goal when sentencing an offender who has breached a condition of his long-term offender supervision order, sentencing principles respecting specific and general deterrence together with separation of the offender from the community are called into play. Rehabilitation has a limited role to play as the status of long-term offender is such that rehabilitation has already been determined to be extremely difficult or impossible to achieve.

Subsequent provincial and appellate court cases have generally adhered to this approach. For example, in *R. v. Nelson*, [2007] O.J. No. 5704 (QL), Masse J. of the Ontario Court of Justice held, at paras. 14 and 21, that “[t]he main consideration in sentencing these offenders is the protection of the public” and that “significant sentences must be imposed even for slight breaches of a long-term supervision order”.

[50] The foregoing characterization of the long-term offender regime is incorrect. The purpose of an LTSO is two-fold: to protect the public *and* to rehabilitate offenders and reintegrate them into the community. In fact, s. 100 of the *CCRA* singles out rehabilitation and reintegration as the purpose of community supervision including LTSOs. As this Court indicated in *L.M.*, rehabilitation is

LSCMLSC, bien qu’il soit inextricablement lié au premier. Toutefois, les cours provinciales et les cours d’appel ont eu malheureusement tendance à mettre l’accent sur la protection du public aux dépens de la réadaptation des délinquants. Cette tendance les a influencées dans la détermination de ce qui constitue une peine appropriée pour le défaut de se conformer à une condition d’une OSLD.

[49] *R. c. W. (H.P.)*, 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20, demeure l’arrêt de principe rendu par une cour d’appel en la matière. La Cour d’appel de l’Alberta y a étudié l’objet du régime applicable aux délinquants à contrôler et l’incidence de ce régime sur la détermination de la peine à infliger pour violation d’une OSLD. Le juge Ritter a résumé en ces termes l’avis de la Cour d’appel, au par. 46 :

[TRADUCTION] Puisque la protection de la société constitue le critère déterminant dans la détermination de la peine à infliger à un délinquant qui a manqué à une condition de son ordonnance de surveillance de longue durée, les principes de détermination de la peine qui touchent la dissuasion spécifique et générale ainsi que l’isolement du délinquant de la collectivité entrent en jeu. La réadaptation a un rôle limité à jouer, car le statut de délinquant à contrôler est tel que l’on a déjà jugé la réadaptation extrêmement difficile ou impossible à réaliser.

Un certain nombre de jugements prononcés par les cours de première instance et les cours d’appel provinciales ont suivi cette approche. Par exemple, le juge Masse, de la Cour de justice de l’Ontario, a dit aux par. 14 et 21 de la décision *R. c. Nelson*, [2007] O.J. No. 5704 (QL), que [TRADUCTION] « [l]a protection du public constitue la principale considération lorsqu’il s’agit de déterminer la peine à infliger à ces délinquants » et qu’« il faut infliger de lourdes peines même en cas de violation mineure d’une ordonnance de surveillance de longue durée ».

[50] Cette perception du régime applicable aux délinquants à contrôler est inexacte. L’OSLD poursuit un double objectif : la protection du public *et* la réadaptation des délinquants et leur réinsertion dans la collectivité. En fait, l’art. 100 de la *LSCMLSC* désigne la réadaptation et la réinsertion comme l’objectif de la surveillance dans la collectivité, et notamment des OSLD. Comme l’a affirmé notre Cour

the key feature of the long-term offender regime that distinguishes it from the dangerous offender regime. To suggest, therefore, that rehabilitation has been determined to be impossible to achieve in the long-term offender context is simply wrong. Given this context, it would be contrary to reason to conclude that rehabilitation is not an appropriate sentencing objective and should therefore play “little or no role” (as stated in *W. (H.P.)*, at para. 50), in the sentencing process.

[51] This is not to say that rehabilitation will always be the foremost consideration when sentencing for breach of an LTSO. The duty of a sentencing judge is to apply all of the principles mandated by ss. 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code* in order to devise a sentence that furthers the overall objectives of sentencing. The foregoing simply demonstrates that there is nothing in the provisions of the *Criminal Code* or the *CCRA* to suggest that any of those principles or objectives will not apply to the breach of an LTSO. As with any sentencing decision, the relative weight to be accorded to each sentencing principle or objective will vary depending on the circumstances of the particular offence. In all instances, the sentence must be proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

[52] It would be imprudent to attempt to determine in the abstract the gravity of the offence of breaching a condition of an LTSO. The severity of a given breach will ultimately depend on all of the circumstances, including the nature of the condition breached, how that condition is tied to managing the particular offender’s risk of reoffence, and the circumstances of the breach. However, a few comments may be instructive.

[53] Breach of an LTSO is an indictable offence punishable by up to 10 years’ imprisonment. This

dans *L.M.*, la réadaptation constitue l’élément clé du régime applicable aux délinquants à contrôler, l’élément qui le distingue du régime applicable aux délinquants dangereux. L’affirmation selon laquelle il a été établi que la réadaptation pourrait représenter un objectif irréalisable dans le cas de la mise en œuvre des OSLD est tout simplement erronée. Il serait illogique de conclure que la réadaptation ne constitue pas un objectif valable de la détermination de la peine et, par conséquent, qu’elle [TRADUCTION] « n’entre presque pas, sinon pas du tout en ligne de compte » (pour reprendre les termes utilisés dans *W. (H.P.)*, par. 50), dans la détermination de la peine.

[51] Ce constat ne signifie pas que la réadaptation s’avèrera toujours la considération la plus importante lors de la détermination de la peine pour un manquement à une OSLD. Le juge chargé d’imposer la peine doit appliquer tous les principes prescrits par les art. 718.1 et 718.2 du *Code criminel* pour concevoir une peine qui favorise la réalisation des objectifs généraux de la détermination de la peine. Les observations faites plus haut soulignent simplement que rien dans le *Code criminel* ou les dispositions applicables de la *LSCMLSC* ne permet de penser que l’un quelconque de ces principes ou objectifs ne s’appliquerait pas à la violation d’une OSLD. Comme pour toute décision concernant la peine, le poids relatif qu’il convient d’attribuer à chaque principe ou objectif de détermination de la peine variera selon les circonstances de l’infraction. Dans tous les cas, la peine doit demeurer proportionnelle à la fois à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

[52] Il serait imprudent de tenter de mesurer dans l’abstrait la gravité de l’infraction de manquement à une condition d’une OSLD. La gravité d’un manquement donné dépend en dernière analyse de toutes les circonstances, dont la nature de la condition violée, le lien entre cette condition et la gestion du risque de récidive du délinquant et les circonstances de la violation. Cependant, il peut être utile d’ajouter quelques commentaires sur le sujet.

[53] La violation d’une OSLD constitue un acte criminel punissable d’un emprisonnement maximal

can be contrasted with breach of probation which is a hybrid offence with a maximum sentence of either 18 months or two years' imprisonment. In each of the present appeals, the Crown places significant emphasis on this distinction, suggesting that the high maximum penalty indicates that breach of an LTSO is a particularly serious offence warranting a significant sentence. My colleague, Rothstein J., reiterates this point at para. 123, concluding that the "necessary implication is that Parliament viewed breaches of LTSOs as posing such risk to the protection of society that long-term offenders may have to be separated from society for a significant period of time".

[54] The lengthy maximum penalty certainly indicates that Parliament views the breach of an LTSO differently (and more seriously) than the breach of a probation order. However, it would be too much to suggest that the mere existence of a high statutory maximum penalty dictates that a significant period of imprisonment should be imposed for any breach of an LTSO. Breaches can occur in an infinite variety of circumstances. Parliament did not see fit to impose a mandatory minimum sentence. Where no minimum sentence is mandated by the *Criminal Code*, the entire range of sentencing options is open to a sentencing judge, including non-carceral sentences where appropriate. In its recommendations, the Task Force specifically stated that a key factor to the success of a long-term offender regime is "a speedy and flexible mechanism for enforcing the orders which does not result in lengthy re-incarceration in the absence of the commission of a new crime" (p. 19 (emphasis added)).

[55] It is the sentencing judge's duty to determine, within this open range of sentencing options, which sentence will be proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The severity of a particular breach of an LTSO will depend, in large part, on the

de 10 ans. Cette infraction peut être distinguée de la violation d'une ordonnance de probation, une infraction mixte punissable d'une peine maximale de 18 mois ou de deux ans d'emprisonnement. Dans les deux pourvois qui nous occupent, le ministère public insiste sur cette distinction, affirmant que la sévérité de la peine maximale démontre que la violation d'une OSLD est une infraction particulièrement grave appelant une lourde peine. Mon collègue, le juge Rothstein, reprend ce point de vue au par. 123 et conclut : « Cela signifie nécessairement que, pour le législateur, les délinquants à contrôler qui font défaut de se conformer à une OSLD présentent un tel risque pour la protection de la société qu'ils peuvent devoir être isolés de la société pendant une période assez longue. »

[54] Cette longue peine maximale indique assurément que le législateur considère différemment (et plus sévèrement) la violation d'une OSLD que celle d'une ordonnance de probation. Toutefois, on ne peut conclure que l'édictation d'une longue peine d'emprisonnement maximal par le législateur commande l'infliction une longue peine d'emprisonnement pour tout manquement à une OSLD. Le défaut de se conformer à une ordonnance survient dans des circonstances infiniment variées. Par ailleurs, le législateur n'a pas jugé bon d'édicter une peine minimale obligatoire. Lorsque le *Code criminel* ne prévoit pas de peine minimale obligatoire, le juge peut choisir la peine à infliger parmi toutes les sanctions possibles, y compris une peine substitutive qui serait appropriée dans les circonstances. Dans ses recommandations, le Groupe de travail a explicitement affirmé que le succès du régime des délinquants à contrôler repose principalement sur « un mécanisme souple et d'application rapide permettant d'assurer l'exécution des ordonnances sans entraîner une longue incarcération dans les cas où le délinquant n'a pas commis d'autre crime » (p. 21 (je souligne)).

[55] Il appartient au juge de la peine de déterminer, parmi toutes les sanctions possibles, celle qui est proportionnelle à la fois à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. La gravité d'un manquement à une ordonnance dépend en grande partie des circonstances de la

circumstances of the breach, the nature of the condition breached, and the role that condition plays in managing the offender's risk of reoffence in the community. This requires a contextual analysis. As Smith J.A. states in *R. v. Deacon*, 2004 BCCA 78, 193 B.C.A.C. 228, at para. 51, "the gravity of an offence under s. 753.3 must be measured with reference not only to the conduct that gave rise to the offence, but also with regard to what it portends in light of the offender's entire history of criminal conduct". Breach of an LTSO is not subject to a distinct sentencing regime or system. In any given case, the best guides for determining a fit sentence are the well-established principles and objectives of sentencing set out in the *Criminal Code*.

C. *The Offender — Sentencing Aboriginal Offenders*

[56] Section 718.2(e) of the *Criminal Code* directs that "all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders". This provision was introduced into the *Code* as part of the 1996 Bill C-41 amendments to codify the purpose and principles of sentencing. According to the then-Minister of Justice, Allan Rock, "the reason we referred specifically there to aboriginal persons is that they are sadly over-represented in the prison populations of Canada" (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 62, 1st Sess., 35th Parl., November 17, 1994, at p. 15).

[57] Aboriginal persons were sadly overrepresented indeed. Government figures from 1988 indicated that Aboriginal persons accounted for 10 percent of federal prison inmates, while making up only 2 percent of the national population. The figures were even more stark in the Prairie provinces, where Aboriginal persons accounted for 32 percent of prison inmates compared to 5 percent of the population. The situation was generally

violation, de la nature de la condition enfreinte et du rôle que joue cette condition dans la gestion du risque de récidive que présente le délinquant pour la société. D'où la nécessité d'une analyse contextuelle. Comme l'affirme le juge Smith dans *R. c. Deacon*, 2004 BCCA 78, 193 B.C.A.C. 228, par. 51, [TRADUCTION] « il faut mesurer la gravité d'une infraction prévue à l'art. 753.3 au regard, non seulement de la conduite à l'origine de l'infraction, mais aussi de ce qu'elle présage compte tenu de l'ensemble des antécédents criminels du délinquant ». La violation d'une OSLD n'est pas régie par un code ou système distinct de détermination de la peine. Dans tous les cas, les meilleurs guides à suivre pour fixer une peine appropriée sont les principes et objectifs bien établis de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*.

C. *Le délinquant — La détermination de la peine d'un délinquant autochtone*

[56] L'alinéa 718.2e) du *Code criminel* prévoit « l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones ». Cette disposition a été ajoutée au *Code* dans le cadre de modifications législatives apportées en 1996 par le projet de loi C-41 visant à codifier les objectifs et les principes de détermination de la peine. Selon le ministre de la Justice de l'époque, Allan Rock, « si l'on mentionne expressément les délinquants autochtones, c'est parce qu'ils sont malheureusement surreprésentés dans la population carcérale du Canada » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, n° 62, 1^{re} sess., 35^e lég., 17 novembre 1994, p. 15).

[57] Les Autochtones étaient en effet malheureusement surreprésentés. Selon les statistiques gouvernementales de 1988, les Autochtones représentaient 10 p. 100 des détenus dans les pénitenciers fédéraux, alors qu'ils ne constituaient que 2 p. 100 de la population canadienne. Les chiffres étaient encore plus frappants dans les Prairies, où les Autochtones représentaient 32 p. 100 des détenus alors qu'ils ne constituaient que 5 p. 100 de la

worse in provincial institutions. For example, Aboriginal persons accounted for fully 60 percent of the inmates detained in provincial jails in Saskatchewan (M. Jackson, “Locking Up Natives in Canada” (1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215, at pp. 215-16). There was also evidence to indicate that this overrepresentation was on the rise. At Stony Mountain penitentiary, the only federal prison in Manitoba, the Aboriginal inmate population had been climbing steadily from 22 percent in 1965 to 33 percent in 1984, and up to 46 percent just five years later in 1989 (Commissioners A. C. Hamilton and C. M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at p. 394). The foregoing statistics led the Royal Commission on Aboriginal Peoples (“RCAP”) to conclude, at p. 309 of its Report, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996):

The Canadian criminal justice system has failed the Aboriginal peoples of Canada — First Nations, Inuit and Métis people, on-reserve and off-reserve, urban and rural — in all territorial and governmental jurisdictions. The principal reason for this crushing failure is the fundamentally different world views of Aboriginal and non-Aboriginal people with respect to such elemental issues as the substantive content of justice and the process of achieving justice.

[58] The overrepresentation of Aboriginal people in the Canadian criminal justice system was the impetus for including the specific reference to Aboriginal people in s. 718.2(e). It was not at all clear, however, what exactly the provision required or how it would affect the sentencing of Aboriginal offenders. In 1999, this Court had the opportunity to address these questions in *Gladue*. Cory and Iacobucci JJ., writing for the unanimous Court, reviewed the statistics and concluded, at para. 64:

These findings cry out for recognition of the magnitude and gravity of the problem, and for responses to alleviate it. The figures are stark and reflect what

population. La situation était généralement pire dans les établissements provinciaux. À titre d'exemple, les Autochtones représentaient au moins 60 p. 100 des détenus dans les établissements provinciaux de la Saskatchewan (M. Jackson, « Locking Up Natives in Canada » (1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215, p. 215-216). Certains éléments de preuve indiquaient également que cette surreprésentation était en hausse. À l'Établissement Stony Mountain, le seul pénitencier fédéral au Manitoba, la population carcérale autochtone s'était accrue de façon constante, passant de 22 p. 100 en 1965 à 33 p. 100 en 1984, pour atteindre 46 p. 100 en 1989, seulement cinq ans plus tard (les commissaires A. C. Hamilton et C. M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 394). À la lumière de ces statistiques, la Commission royale sur les peuples autochtones (« CRPA ») a conclu dans *Pardelà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996), p. 336 :

Le système canadien de justice pénale n'a pas su répondre aux besoins des peuples autochtones du Canada — Premières nations, Inuit et Métis habitant en réserve ou hors réserve, en milieu urbain ou en milieu rural —, peu importe le territoire où ils vivent ou le gouvernement dont ils relèvent. Ce lamentable échec découle surtout de ce qu'autochtones et non-autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes à l'égard de questions fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l'administrer.

[58] C'est en raison de la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale canadien que le législateur a mentionné expressément les Autochtones à l'al. 718.2e). La rédaction de cette disposition laissait toutefois planer une grande incertitude sur ses exigences et ses effets à l'égard de la détermination de la peine pour les délinquants autochtones. En 1999, la Cour a eu l'occasion de traiter de ces questions dans *Gladue*. Avec l'accord de l'ensemble de la Cour, les juges Cory et Iacobucci ont revu les statistiques et conclu, au par. 64 :

Ces constatations exigent qu'on reconnaisse l'ampleur et la gravité du problème, et qu'on s'y attaque. Les chiffres sont criants et reflètent ce qu'on peut à bon droit

may fairly be termed a crisis in the Canadian criminal justice system. The drastic overrepresentation of aboriginal peoples within both the Canadian prison population and the criminal justice system reveals a sad and pressing social problem. It is reasonable to assume that Parliament, in singling out aboriginal offenders for distinct sentencing treatment in s. 718.2(e), intended to attempt to redress this social problem to some degree. The provision may properly be seen as Parliament's direction to members of the judiciary to inquire into the causes of the problem and to endeavour to remedy it, to the extent that a remedy is possible through the sentencing process.

[59] The Court held, therefore, that s. 718.2(e) of the *Code* is a remedial provision designed to ameliorate the serious problem of overrepresentation of Aboriginal people in Canadian prisons, and to encourage sentencing judges to have recourse to a restorative approach to sentencing (*Gladue*, at para. 93). It does more than affirm existing principles of sentencing; it calls upon judges to use a different method of analysis in determining a fit sentence for Aboriginal offenders. Section 718.2(e) directs sentencing judges to pay particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders because those circumstances are unique and different from those of non-Aboriginal offenders (*Gladue*, at para. 37). When sentencing an Aboriginal offender, a judge must consider: (a) the unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular Aboriginal offender before the courts; and (b) the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular Aboriginal heritage or connection (*Gladue*, at para. 66). Judges may take judicial notice of the broad systemic and background factors affecting Aboriginal people generally, but additional case-specific information will have to come from counsel and from the presentence report (*Gladue*, at paras. 83-84).

qualifier de crise dans le système canadien de justice pénale. La surreprésentation critique des autochtones au sein de la population carcérale comme dans le système de justice pénale témoigne d'un problème social attristant et urgent. Il est raisonnable de présumer que le Parlement, en prévoyant spécifiquement à l'al. 718.2e) la possibilité de traiter différemment les délinquants autochtones dans la détermination de la peine, a voulu tenter d'apporter une certaine solution à ce problème social. On peut légitimement voir dans cette disposition une directive que le Parlement adresse à la magistrature, l'invitant à se pencher sur les causes du problème et à s'efforcer d'y remédier, dans la mesure où cela est possible dans le cadre du processus de détermination de la peine.

[59] Selon la Cour, l'al. 718.2e) du *Code* doit être considéré comme une disposition réparatrice destinée à remédier au grave problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes et à encourager le juge à aborder la détermination de la peine dans une perspective corrective (*Gladue*, par. 93). Cette disposition ne se borne pas à confirmer les principes existants de détermination de la peine; elle invite les juges à utiliser une méthode d'analyse différente pour déterminer la peine appropriée dans le cas d'un délinquant autochtone. En effet, l'al. 718.2e) demande aux juges chargés de déterminer la peine de porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones, parce qu'elles sont particulières et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-Autochtones (*Gladue*, par. 37). Le juge qui détermine la peine à infliger à un délinquant autochtone doit tenir compte des circonstances suivantes : a) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux; et b) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones (*Gladue*, par. 66). Les juges peuvent prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques généraux touchant les Autochtones de façon générale, mais les renseignements additionnels propres à l'affaire devront leur être fournis par les avocats et le rapport présentenciel (*Gladue*, par. 83-84).

[60] Courts have, at times, been hesitant to take judicial notice of the systemic and background factors affecting Aboriginal people in Canadian society (see, e.g., *R. v. Laliberte*, 2000 SKCA 27, 189 Sask. R. 190). To be clear, courts must take judicial notice of such matters as the history of colonialism, displacement, and residential schools and how that history continues to translate into lower educational attainment, lower incomes, higher unemployment, higher rates of substance abuse and suicide, and of course higher levels of incarceration for Aboriginal peoples. These matters, on their own, do not necessarily justify a different sentence for Aboriginal offenders. Rather, they provide the necessary *context* for understanding and evaluating the case-specific information presented by counsel. Counsel have a duty to bring that individualized information before the court in every case, unless the offender expressly waives his right to have it considered. In current practice, it appears that case-specific information is often brought before the court by way of a *Gladue* report, which is a form of pre-sentence report tailored to the specific circumstances of Aboriginal offenders. Bringing such information to the attention of the judge in a comprehensive and timely manner is helpful to all parties at a sentencing hearing for an Aboriginal offender, as it is indispensable to a judge in fulfilling his duties under s. 718.2(e) of the *Criminal Code*.

[61] It would have been naive to suggest that sentencing Aboriginal persons differently, without addressing the root causes of criminality, would eliminate their overrepresentation in the criminal justice system entirely. In *Gladue*, Cory and Iacobucci JJ. were mindful of this fact, yet retained a degree of optimism, stating, at para. 65:

It is clear that sentencing innovation by itself cannot remove the causes of aboriginal offending

[60] Les tribunaux ont parfois hésité à prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques touchant les Autochtones dans la société canadienne (voir, p. ex., *R. c. Laliberte*, 2000 SKCA 27, 189 Sask. R. 190). En clair, les tribunaux doivent prendre connaissance d'office de questions telles que l'histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd'hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu élevés, un taux de chômage important, des abus graves d'alcool ou d'autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d'incarcération. Ces facteurs ne justifient pas nécessairement à eux seuls l'imposition d'une peine différente aux délinquants autochtones. Ils établissent plutôt le *cadre contextuel* nécessaire à la compréhension et à l'évaluation des renseignements propres à l'affaire fournis par les avocats. Il est de la responsabilité des avocats de fournir ces renseignements personnels dans tous les cas, à moins que le délinquant ne renonce expressément à son droit à l'examen de cette information. Selon la pratique actuelle, il semble que les renseignements propres à l'affaire soient souvent fournis à la cour au moyen d'un rapport semblable à celui décrit dans *Gladue*. Ce document représente une forme de rapport pré-sentenciel adapté aux circonstances particulières des délinquants autochtones. La présentation au juge, en temps opportun, d'un exposé complet de ces renseignements est assurément utile à toutes les parties à l'audience de détermination de la peine d'un délinquant autochtone, et indispensable au juge pour l'exécution des obligations que lui impose l'al. 718.2e) du *Code criminel*.

[61] Il aurait été naïf de prétendre qu'infliger des peines différentes aux Autochtones, sans s'attaquer aux causes fondamentales de la criminalité, éliminerait complètement leur surreprésentation dans le système de justice pénale. Conscients de ce fait, les juges Cory et Iacobucci ont néanmoins affiché un certain optimisme dans *Gladue* en affirmant, au par. 65 :

Il est évident que des pratiques innovatrices dans la détermination de la peine ne peuvent à elles seules faire

and the greater problem of aboriginal alienation from the criminal justice system. The unbalanced ratio of imprisonment for aboriginal offenders flows from a number of sources, including poverty, substance abuse, lack of education, and the lack of employment opportunities for aboriginal people. It arises also from bias against aboriginal people and from an unfortunate institutional approach that is more inclined to refuse bail and to impose more and longer prison terms for aboriginal offenders. There are many aspects of this sad situation which cannot be addressed in these reasons. What can and must be addressed, though, is the limited role that sentencing judges will play in remedying injustice against aboriginal peoples in Canada. Sentencing judges are among those decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system. They determine most directly whether an aboriginal offender will go to jail, or whether other sentencing options may be employed which will play perhaps a stronger role in restoring a sense of balance to the offender, victim, and community, and in preventing future crime.

[62] This cautious optimism has not been borne out. In fact, statistics indicate that the overrepresentation and alienation of Aboriginal peoples in the criminal justice system has only worsened. In the immediate aftermath of Bill C-41, from 1996 to 2001, Aboriginal admissions to custody increased by 3 percent while non-Aboriginal admissions declined by 22 percent (J. V. Roberts and R. Melchers, “The Incarceration of Aboriginal Offenders: Trends from 1978 to 2001” (2003), 45 *Can. J. Crim. & Crim. Just.* 211, at p. 226). From 2001 to 2006, there was an overall decline in prison admissions of 9 percent. During that same time period, Aboriginal admissions to custody increased by 4 percent (J. Rudin, “Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue*: A Realistic Assessment of How Social Change Occurs” (2009), 54 *Crim. L.Q.* 447, at p. 452). As a result, the overrepresentation of Aboriginal people in the criminal justice system is worse than ever. Whereas Aboriginal persons made up 12 percent of all federal inmates in 1999 when *Gladue* was decided, they accounted for 17 percent of federal admissions in 2005 (J. Rudin, “Aboriginal Overrepresentation and *R. v. Gladue*: Where We Were,

disparaître les causes de la criminalité autochtone et le problème plus large de l’aliénation des autochtones par rapport au système de justice pénale. La proportion anormale d’emprisonnement chez les délinquants autochtones découle de nombreuses sources, dont la pauvreté, la toxicomanie, le manque d’instruction et le manque de possibilités d’emploi. Elle découle également de préjugés contre les autochtones et d’une tendance institutionnelle déplorable à refuser les cautionnements et à infliger des peines d’emprisonnement plus longues et plus fréquentes aux délinquants autochtones. Plusieurs aspects de cette triste réalité sont hors du champ des présents motifs. Mais ce qu’on peut et doit examiner, c’est le rôle limité que joueront les juges chargés d’infliger les peines dans le redressement des injustices subies par les autochtones au Canada. Les juges qui prononcent les peines comptent parmi les décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice. Ce sont eux qui décident le plus directement si un délinquant autochtone ira en prison, ou s’il est possible d’envisager des solutions de rechange qui permettront peut-être davantage de restaurer un certain équilibre entre le délinquant, la victime et la collectivité, et de prévenir d’autres crimes.

[62] Cet optimisme prudent s’est révélé injustifié. En fait, selon les statistiques, la surreprésentation et l’aliénation des Autochtones dans le système de justice pénale n’a fait qu’augmenter. Immédiatement après l’adoption du projet de loi C-41, soit de 1996 à 2001, les incarcérations d’Autochtones se sont accrues de 3 p. 100, alors que les incarcérations de non-Autochtones ont diminué de 22 p. 100 (J. V. Roberts et R. Melchers, « The Incarceration of Aboriginal Offenders : Trends from 1978 to 2001 » (2003), 45 *Rev. can. crim. & jus. pénale* 211, p. 226). De 2001 à 2006, on a constaté une baisse générale des incarcérations de 9 p. 100. Durant la même période, les incarcérations d’Autochtones ont augmenté de 4 p. 100 (J. Rudin, « Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue* : A Realistic Assessment of How Social Change Occurs » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 447, p. 452). La surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale atteint donc des niveaux jamais vus. Lors du prononcé de l’arrêt *Gladue* en 1999, 12 p. 100 de tous les détenus fédéraux étaient autochtones; en 2005, les détenus autochtones représentaient 17 p. 100 des admissions dans les établissements pénitentiaires fédéraux

Where We Are and Where We Might Be Going”, in J. Cameron and J. Stribopoulos, eds., *The Charter and Criminal Justice: Twenty-Five Years Later* (2008), 687, at p. 701). As Professor Rudin asks: “If Aboriginal overrepresentation was a crisis in 1999, what term can be applied to the situation today?” (“Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue*”, at p. 452).

[63] Over a decade has passed since this Court issued its judgment in *Gladue*. As the statistics indicate, s. 718.2(e) of the *Criminal Code* has not had a discernible impact on the overrepresentation of Aboriginal people in the criminal justice system. Granted, the *Gladue* principles were never expected to provide a panacea. There is some indication, however, from both the academic commentary and the jurisprudence, that the failure can be attributed to some extent to a fundamental misunderstanding and misapplication of both s. 718.2(e) and this Court’s decision in *Gladue*. The following is an attempt to resolve these misunderstandings, clarify certain ambiguities, and provide additional guidance so that courts can properly implement this sentencing provision.

(1) Making Sense of Aboriginal Sentencing

[64] Section 718.2(e) of the *Criminal Code* and this Court’s decision in *Gladue* were not universally well received. Three interrelated criticisms have been advanced: (1) sentencing is not an appropriate means of addressing overrepresentation; (2) the *Gladue* principles provide what is essentially a race-based discount for Aboriginal offenders; and (3) providing special treatment and lesser sentences to Aboriginal offenders is inherently unfair as it creates unjustified distinctions between offenders who are similarly situated, thus violating the principle of sentence parity. In my view, these criticisms are based on a fundamental

(J. Rudin, « Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue* : Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going », dans J. Cameron et J. Stribopoulos, dir., *The Charter and Criminal Justice : Twenty-Five Years Later* (2008), 687, p. 701). Pour reprendre la question posée par le professeur Rudin : [TRADUCTION] « Si la surreprésentation des Autochtones représentait une crise en 1999, comment peut-on qualifier la situation aujourd’hui? » (« Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue* », p. 452).

[63] Plus d’une décennie s’est écoulée depuis le prononcé de l’arrêt *Gladue*. Comme le montrent les statistiques, l’al. 718.2e) du *Code criminel* n’a pas eu d’effet perceptible sur le problème de surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale. Certes, les principes énoncés dans *Gladue* n’ont jamais été envisagés comme une panacée. La doctrine et la jurisprudence semblent toutefois indiquer que cet échec pourrait découler dans une certaine mesure de problèmes fondamentaux d’interprétation et d’application tant de l’al. 718.2e) que de notre décision dans l’affaire *Gladue*. Nous tenterons donc maintenant de résoudre ces problèmes d’interprétation, de clarifier certaines ambiguïtés et de fournir des directives additionnelles aux tribunaux pour qu’ils puissent mettre en œuvre, avec un regain de vigueur, cette disposition relative à la détermination de la peine.

(1) Comprendre la détermination de la peine d’un délinquant autochtone

[64] L’alinéa 718.2e) du *Code criminel* et l’arrêt *Gladue*, dans lequel la Cour a interprété et appliqué cette disposition, n’ont pas reçu un accueil unanimement favorable. Trois critiques interreliées ont été formulées : (1) la détermination de la peine n’est pas un moyen valable de lutte contre la surreprésentation; (2) les principes établis dans *Gladue* offrent essentiellement aux délinquants autochtones une réduction de peine fondée sur la race; et (3) réserver un traitement spécial et des peines moins sévères aux délinquants autochtones est en soi inéquitable parce que ce régime crée des distinctions injustifiées entre des délinquants qui se trouvent

misunderstanding of the operation of s. 718.2(e) of the *Criminal Code*.

[65] Professors Stenning and Roberts describe the sentencing provision as an “empty promise” to Aboriginal peoples because it is unlikely to have any significant impact on levels of overrepresentation (P. Stenning and J. V. Roberts, “Empty Promises: Parliament, The Supreme Court, and the Sentencing of Aboriginal Offenders” (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 137, at p. 167). As we have seen, the direction to pay particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders was included in light of evidence of their overrepresentation in Canada’s prisons and jails. This overrepresentation led the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba to ask in its Report: “Why, in a society where justice is supposed to be blind, are the inmates of our prisons selected so overwhelmingly from a single ethnic group? Two answers suggest themselves immediately: either Aboriginal people commit a disproportionate number of crimes, or they are the victims of a discriminatory justice system” (p. 85; see also RCAP, at p. 33). The available evidence indicates that both phenomena are contributing to the problem (RCAP). Contrary to Professors Stenning and Roberts, addressing these matters does not lie beyond the purview of the sentencing judge.

[66] First, sentencing judges can endeavour to reduce crime rates in Aboriginal communities by imposing sentences that effectively deter criminality and rehabilitate offenders. These are codified objectives of sentencing. To the extent that current sentencing practices do not further these objectives, those practices must change so as to meet the needs of Aboriginal offenders and their

dans une situation analogue et contrevient ainsi au principe de parité dans l’imposition des peines. À mon avis, ces critiques reposent sur une incompréhension profonde du fonctionnement de l’al. 718.2e) du *Code criminel*.

[65] Pour les professeurs Stenning et Roberts, cette disposition relative à la détermination de la peine constitue une [TRADUCTION] « promesse illusoire » faite aux peuples autochtones, parce qu’elle n’aura vraisemblablement aucun effet important sur les taux de surreprésentation (P. Stenning et J. V. Roberts, « Empty Promises : Parliament, The Supreme Court, and the Sentencing of Aboriginal Offenders » (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 137, p. 167). Comme nous l’avons vu, la directive d’interprétation invitant les juges à porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones a été ajoutée en réaction au constat de leur surreprésentation dans les établissements carcéraux au Canada. Cette surreprésentation a amené les commissaires chargés de l’Enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba à se poser la question suivante dans leur rapport : [TRADUCTION] « Comment se fait-il que, dans une société où la justice est censée être aveugle, les détenus proviennent dans une si forte proportion d’un seul groupe ethnique? Deux réponses s’imposent d’emblée : ou bien les Autochtones commettent un nombre disproportionné de crimes, ou bien ils sont victimes d’un système de justice discriminatoire » (p. 85; voir aussi CRPA, p. 37). Selon la preuve disponible, les deux phénomènes contribuent au problème (CRPA). Toutefois, contrairement à ce qu’affirment les professeurs Stenning et Roberts, le traitement de ces questions n’excède pas les limites de la compétence du juge chargé de déterminer la peine.

[66] D’abord, les juges chargés de déterminer la peine peuvent s’appliquer à réduire le taux de criminalité dans les collectivités autochtones en imposant des peines qui contribuent effectivement à la prévention de la criminalité et à la réadaptation des délinquants. Ces objectifs de détermination de la peine ont été codifiés. Dans la mesure où elles ne favorisent pas la réalisation de ces objectifs, les

communities. As Professors Rudin and Roach ask, “[if an innovative] sentence can serve to actually assist a person in taking responsibility for his or her actions and lead to a reduction in the probability of subsequent re-offending, why should such a sentence be precluded just because other people who commit the same offence go to jail?” (J. Rudin and K. Roach, “Broken Promises: A Response to Stenning and Roberts’ ‘Empty Promises’” (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 3, at p. 20).

[67] Second, judges can ensure that systemic factors do not lead inadvertently to discrimination in sentencing. Professor Quigley aptly describes how this occurs:

Socioeconomic factors such as employment status, level of education, family situation, etc., appear on the surface as neutral criteria. They are considered as such by the legal system. Yet they can conceal an extremely strong bias in the sentencing process. Convicted persons with steady employment and stability in their lives, or at least prospects of the same, are much less likely to be sent to jail for offences that are borderline imprisonment offences. The unemployed, transients, the poorly educated are all better candidates for imprisonment. When the social, political and economic aspects of our society place Aboriginal people disproportionately within the ranks of the latter, our society literally sentences more of them to jail. This is systemic discrimination.

(T. Quigley, “Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders”, in R. Gosse, J. Y. Henderson and R. Carter, eds., *Continuing Poundmaker and Riel’s Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice* (1994), 269, at pp. 275-76)

Sentencing judges, as front-line workers in the criminal justice system, are in the best position to re-evaluate these criteria to ensure that they

pratiques actuelles de détermination de la peine doivent être modifiées de façon à répondre aux besoins des délinquants autochtones et de leurs collectivités. Pour reprendre la question soulevée par les professeurs Rudin et Roach, [TRADUCTION] « [p]ourquoi faudrait-il écarter [une peine innovatrice] qui peut réellement aider une personne à assumer la responsabilité de ses actes et à réduire la probabilité d’une récidive, pour la seule raison que d’autres personnes qui commettent la même infraction sont envoyées en prison? » (J. Rudin et K. Roach, « Broken Promises : A Response to Stenning and Roberts’ “Empty Promises” » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 3, p. 20).

[67] Ensuite, les juges peuvent faire en sorte que les facteurs systémiques ne créent pas, par mégarde, de la discrimination dans la détermination de la peine. Le professeur Quigley décrit avec justesse comment cela se produit :

[TRADUCTION] Les facteurs socio-économiques comme la situation d’emploi, le niveau d’instruction, la situation familiale, etc., semblent à première vue des critères neutres. Le système juridique les considère comme tels. Ils peuvent toutefois dissimuler un parti pris extrêmement fort lors du processus de détermination de la peine. Les personnes reconnues coupables d’infractions qui pourraient, à la limite, leur valoir une peine d’emprisonnement sont beaucoup moins susceptibles d’être envoyées en prison lorsqu’elles occupent un emploi stable et mènent une vie stable, ou qu’elles peuvent à tout le moins espérer y parvenir. Les chômeurs, les personnes sans domicile fixe, celles qui ont peu d’instruction sont les meilleurs candidats à l’emprisonnement. Lorsque les facteurs sociaux, politiques et économiques de notre société font entrer un nombre disproportionné d’Autochtones dans ces catégories de personnes, notre société en condamne littéralement un plus grand nombre à la prison. C’est ce qu’on appelle la discrimination systémique.

(T. Quigley, « Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders », dans R. Gosse, J. Y. Henderson et R. Carter, dir., *Continuing Poundmaker and Riel’s Quest : Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice* (1994), 269, p. 275-276).

Intervenants de première ligne dans le système de justice pénale, les juges de détermination de la peine sont les mieux placés pour réévaluer ces critères

are not contributing to ongoing systemic racial discrimination.

[68] Section 718.2(e) is therefore properly seen as a “direction to members of the judiciary to inquire into the causes of the problem and to endeavour to remedy it, to the extent that a remedy is possible through the sentencing process” (*Gladue*, at para. 64 (emphasis added)). Applying the provision does not amount to “hijacking the sentencing process in the pursuit of other goals” (Stenning and Roberts, at p. 160). The purpose of sentencing is to promote a just, peaceful and safe society through the imposition of just sanctions that, among other things, deter criminality and rehabilitate offenders, all in accordance with the fundamental principle of proportionality. Just sanctions are those that do not operate in a discriminatory manner. Parliament, in enacting s. 718.2(e), evidently concluded that nothing short of a specific direction to pay particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders would suffice to ensure that judges undertook their duties properly.

[69] Certainly sentencing will not be the sole — or even the primary — means of addressing Aboriginal overrepresentation in penal institutions. But that does not detract from a judge’s fundamental duty to fashion a sentence that is fit and proper in the circumstances of the offence, the offender, and the victim. Nor does it turn s. 718.2(e) into an empty promise. The sentencing judge has an admittedly limited, yet important role to play. As the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba put it, at pp. 110-11:

To change this situation will require a real commitment to ending social inequality in Canadian society, something to which no government in Canada has committed itself to date. This will be a far-reaching endeavour and involve much

de façon qu’ils ne contribuent pas à la persistance de la discrimination raciale systémique.

[68] On voit donc légitimement dans l’al. 718.2e) une « directive que le Parlement adresse à la magistrature, l’invitant à se pencher sur les causes du problème et à s’efforcer d’y remédier, dans la mesure où cela est possible dans le cadre du processus de détermination de la peine » (*Gladue*, par. 64 (je souligne)). Appliquer cette disposition n’équivaut pas à [TRADUCTION] « détourner de sa fonction initiale le processus de détermination de la peine pour poursuivre d’autres objectifs » (Stenning et Roberts, p. 160). La détermination de la peine vise à promouvoir une société juste, paisible et sûre par l’imposition de sanctions justes qui contribuent notamment à la prévention de la criminalité et à la réadaptation des délinquants, le tout conformément au principe fondamental de la proportionnalité. Des sanctions justes ne sont pas discriminatoires. En adoptant l’al. 718.2e), le législateur a manifestement conclu à la nécessité d’une directive précise invitant les juges à porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones pour leur permettre de s’acquitter correctement de leurs fonctions dans ce domaine.

[69] Bien sûr, le processus de détermination de la peine ne constituera pas le seul — ni même le principal — moyen de résoudre le problème de surreprésentation des Autochtones dans les établissements carcéraux. Cet état de choses n’atténue toutefois en rien l’obligation fondamentale du juge d’infliger une peine juste et appropriée eu égard à l’infraction commise, au délinquant et à la victime. Il ne fait pas non plus de l’al. 718.2e) une promesse illusoire. Le juge chargé de déterminer la peine joue un rôle certes limité, mais important. Les commissaires chargés de l’Enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba se sont exprimés en ces termes, aux p. 110-111 de leur rapport :

[TRADUCTION] Pour que les choses changent, il va falloir un engagement véritable à mettre fin aux inégalités sociales dans la société canadienne, engagement qu’aucun gouvernement au Canada n’a pris à ce jour. Il s’agira d’une entreprise d’envergure qui mettra en cause

more than the justice system as it is understood currently. . . .

Despite the magnitude of the problems, there is much the justice system can do to assist in reducing the degree to which Aboriginal people come into conflict with the law. It can reduce the ways in which it discriminates against Aboriginal people and the ways in which it adds to Aboriginal alienation.

Cory and Iacobucci JJ. were equally cognizant of the limits of the sentencing judge's power to effect change. Paragraph 65 of *Gladue* bears repeating here:

It is clear that sentencing innovation by itself cannot remove the causes of aboriginal offending and the greater problem of aboriginal alienation from the criminal justice system. . . . What can and must be addressed, though, is the limited role that sentencing judges will play in remedying injustice against aboriginal peoples in Canada. Sentencing judges are among those decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system. They determine most directly whether an aboriginal offender will go to jail, or whether other sentencing options may be employed which will play perhaps a stronger role in restoring a sense of balance to the offender, victim, and community, and in preventing future crime.

[70] The sentencing process is therefore an appropriate forum for addressing Aboriginal overrepresentation in Canada's prisons. Despite being theoretically sound, critics still insist that, in practice, the direction to pay particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders invites sentencing judges to impose more lenient sentences simply because an offender is Aboriginal. In short, s. 718.2(e) is seen as a race-based discount on sentencing, devoid of any legitimate tie to traditional principles of sentencing. A particularly stark example of this view was expressed by Bloc Québécois M.P. Pierrette Venne at the second reading for Bill C-41 when she asked: "Why should an Aboriginal convicted of murder, rape, assault or of uttering threats not be liable to imprisonment like any other citizen of this country? Can we replace all this with a parallel justice, an ethnic

bien plus que le système de justice tel qu'on le conçoit aujourd'hui. . . .

Malgré l'ampleur des problèmes, le système de justice peut contribuer de beaucoup à la réduction de la délinquance chez les Autochtones. Il peut réduire les formes de discrimination qu'il opère à l'encontre des Autochtones et les façons dont il accroît leur aliénation.

Les juges Cory et Iacobucci étaient également conscients des limites du pouvoir de réaliser des changements conféré aux juges chargés d'infliger la peine. Il convient de reproduire ici le par. 65 de l'arrêt *Gladue* :

Il est évident que des pratiques innovatrices dans la détermination de la peine ne peuvent à elles seules faire disparaître les causes de la criminalité autochtone et le problème plus large de l'aliénation des autochtones par rapport au système de justice pénale. [. . .] Mais ce qu'on peut et doit examiner, c'est le rôle limité que joueront les juges chargés d'infliger les peines dans le redressement des injustices subies par les autochtones au Canada. Les juges qui prononcent les peines comptent parmi les décideurs qui ont le pouvoir d'influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice. Ce sont eux qui décident le plus directement si un délinquant autochtone ira en prison, ou s'il est possible d'envisager des solutions de rechange qui permettront peut-être davantage de restaurer un certain équilibre entre le délinquant, la victime et la collectivité, et de prévenir d'autres crimes.

[70] Le processus de détermination de la peine offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes. Bien qu'ils en admettent la validité, certains critiques maintiennent l'opinion que, d'un point de vue pratique, le principe selon lequel une attention particulière doit être portée aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones invite les juges chargés d'infliger la peine à imposer des peines plus légères du simple fait qu'un délinquant est un Autochtone. En bref, ces critiques considèrent l'al. 718.2e) comme une disposition autorisant une réduction de peine fondée sur la race, dénuée de tout lien légitime avec les principes traditionnels de détermination de la peine. La question posée par la députée du Bloc Québécois Pierrette Venne à la deuxième lecture du projet de

justice, a cultural justice? Where would it stop? Where does this horror come from?” (*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, at p. 5876).

[71] In *Gladue*, this Court rejected Ms. Gladue’s argument that s. 718.2(e) was an affirmative action provision or, as the Crown described it, an invitation to engage in “reverse discrimination” (para. 86). Cory and Iacobucci JJ. were very clear in stating that “s. 718.2(e) should not be taken as requiring an automatic reduction of a sentence, or a remission of a warranted period of incarceration, simply because the offender is aboriginal” (para. 88 (emphasis added)). This point was reiterated in *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207, at para. 30. There is nothing to suggest that subsequent decisions of provincial and appellate courts have departed from this principle. In fact, it is usually stated explicitly. For example, in *R. v. Vermette*, 2001 MBCA 64, 156 Man. R. (2d) 120, the Manitoba Court of Appeal stated, at para. 39:

The section does not mandate better treatment for aboriginal offenders than non-aboriginal offenders. It is simply a recognition that the sentence must be individualized and that there are serious social problems with respect to aboriginals that require more creative and innovative solutions. This is not reverse discrimination. It is an acknowledgment that to achieve real equality, sometimes different people must be treated differently.

[72] While the *purpose* of s. 718.2(e) may not be to provide “a remission of a warranted period of incarceration”, critics argue that the *methodology* set out in *Gladue* will inevitably have this effect. As Professors Stenning and Roberts state: “. . . the practical effect of this alternate methodology

loi C-41 fournit un exemple particulièrement éloquent de ce point de vue : « Pourquoi l’emprisonnement ne serait-il pas imposé à l’autochtone coupable de meurtre, de viol, de voies de fait ou de menaces comme y serait passible tout autre citoyen du pays? Peut-on remplacer tout cela par une justice parallèle, une justice ethnique, une justice culturelle? Où cela devrait-il s’arrêter? D’où vient cette horreur? » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, p. 5876).

[71] Pourtant, dans l’arrêt *Gladue*, la Cour a rejeté l’argument de M^{lle} Gladue selon lequel l’al. 718.2e) était une disposition de promotion sociale ou, selon la description qu’en avait donnée le ministre public, une invitation à pratiquer une « discrimination à rebours » (par. 86). Les juges Cory et Iacobucci ont affirmé très clairement que « l’al. 718.2e) ne doit pas être interprété comme exigeant une réduction automatique de la peine, ou la remise d’une période justifiée d’incarcération, pour la simple raison que le délinquant est autochtone » (par. 88 (je souligne)). La Cour a réitéré ce point de vue dans l’arrêt *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207, par. 30. Rien n’indique que les cours provinciales et les juridictions d’appel aient dérogé à ce principe dans leurs décisions subséquentes. En fait, ce principe est habituellement énoncé explicitement. À titre d’exemple, dans l’arrêt *R. c. Vermette*, 2001 MBCA 64, 156 Man. R. (2d) 120, la Cour d’appel du Manitoba a affirmé, au par. 39 :

[TRADUCTION] Cette disposition n’oblige pas les juges à accorder aux délinquants autochtones un traitement plus favorable que celui réservé aux délinquants non autochtones. Elle ne fait que reconnaître le principe selon lequel les peines doivent être individualisées et que de graves problèmes sociaux vécus par les Autochtones exigent des solutions plus créatives et innovatrices. Il ne s’agit pas d’une discrimination à rebours. Cette disposition reconnaît uniquement que, pour assurer une véritable égalité, des personnes différentes doivent parfois être traitées différemment.

[72] Bien que l’al. 718.2e) n’ait peut-être pas pour *objet* « la remise d’une période justifiée d’incarcération », certains de ses critiques soutiennent que la *méthode* énoncée dans l’arrêt *Gladue* produira inévitablement cet effet. Ainsi, les professeurs Stenning et Roberts affirment que [TRADUCTION]

is predictable: the sentencing of an Aboriginal offender is less likely to result in a term of custody and, if custody is imposed, it is likely to be shorter in some cases than it would have been had the offender been non-Aboriginal” (p. 162). These criticisms are unwarranted. The methodology set out by this Court in *Gladue* is designed to focus on those unique circumstances of an Aboriginal offender which could reasonably and justifiably impact on the sentence imposed. *Gladue* directs sentencing judges to consider: (1) the unique systemic and background factors which may have played a part in bringing the particular Aboriginal offender before the courts; and (2) the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular Aboriginal heritage or connection. Both sets of circumstances bear on the ultimate question of what is a fit and proper sentence.

[73] First, systemic and background factors may bear on the culpability of the offender, to the extent that they shed light on his or her level of moral blameworthiness. This is perhaps more evident in *Wells* where Iacobucci J. described these circumstances as “the unique systemic or background factors that are mitigating in nature in that they may have played a part in the aboriginal offender’s conduct” (para. 38 (emphasis added)). Canadian criminal law is based on the premise that criminal liability only follows from voluntary conduct. Many Aboriginal offenders find themselves in situations of social and economic deprivation with a lack of opportunities and limited options for positive development. While this rarely — if ever — attains a level where one could properly say that their actions were not *voluntary* and therefore not deserving of criminal sanction, the reality is that their constrained circumstances may diminish their moral culpability. As Greckol J. of the Alberta Court of Queen’s Bench stated, at para. 60 of *R. v. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R.

« l’effet concret de cette méthode différente est prévisible : un délinquant autochtone est moins susceptible de se voir imposer une peine d’emprisonnement et, si une telle peine lui est imposée, elle pourrait dans certains cas être plus courte qu’elle ne l’aurait été si le délinquant n’avait pas été un Autochtone » (p. 162). Ces critiques ne sont pas fondées. En effet, la méthode établie par la Cour dans l’arrêt *Gladue* a été conçue de manière à inciter à examiner les circonstances particulières dans lesquelles sont placés les Autochtones, lorsqu’on peut conclure sur une base raisonnable et justifiée qu’elles sont susceptibles d’affecter la peine à imposer. L’arrêt *Gladue* oblige le juge chargé de déterminer la peine à tenir compte des circonstances suivantes : (1) les facteurs systémiques et historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant se retrouve devant les tribunaux; et (2) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l’égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses liens autochtones. Ces deux catégories de circonstances se rapportent à la question ultime de déterminer une peine juste et appropriée.

[73] Enfin, les facteurs systémiques et historiques peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant, dans la mesure où ils mettent en lumière son degré de culpabilité morale. L’arrêt *Wells* souligne plus clairement, peut-être, l’importance de cette influence lorsque le juge Iacobucci décrit ces circonstances comme « des facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être considérés comme des circonstances atténuantes parce qu’ils peuvent avoir contribué à la conduite du délinquant autochtone » (par. 38 (je souligne)). On se rappellera que le droit pénal canadien repose sur la prémisse selon laquelle seule une conduite volontaire entraîne la responsabilité criminelle. Or, de nombreux délinquants autochtones se trouvent placés dans des situations économique et sociale défavorables et confrontés à un manque de débouchés et des possibilités limitées de développement harmonieux. Bien qu’on ne puisse que rarement — sinon jamais — affirmer à bon droit que leurs actes n’étaient pas *volontaires* et ne sont donc pas passibles de sanction criminelle, leur situation difficile

50, after describing the background factors that lead to Mr. Skani coming before the court, “[f]ew mortals could withstand such a childhood and youth without becoming seriously troubled.” Failing to take these circumstances into account would violate the fundamental principle of sentencing — that the sentence must be proportionate to the gravity of the offence *and the degree of responsibility of the offender*. The existence of such circumstances may also indicate that a sanction that takes account of the underlying causes of the criminal conduct may be more appropriate than one only aimed at punishment *per se*. As Cory and Iacobucci JJ. state in *Gladue*, at para. 69:

In cases where such factors have played a significant role, it is incumbent upon the sentencing judge to consider these factors in evaluating whether imprisonment would actually serve to deter, or to denounce crime in a sense that would be meaningful to the community of which the offender is a member. In many instances, more restorative sentencing principles will gain primary relevance precisely because the prevention of crime as well as individual and social healing cannot occur through other means.

[74] The second set of circumstances — the types of sanctions which may be appropriate — bears not on the degree of culpability of the offender, but on the effectiveness of the sentence itself. As Cory and Iacobucci JJ. point out, at para. 73 of *Gladue*: “What is important to recognize is that, for many if not most aboriginal offenders, the current concepts of sentencing are inappropriate because they have frequently not responded to the needs, experiences, and perspectives of aboriginal people or aboriginal communities.” As the RCAP indicates, at p. 309, the “crushing failure” of the Canadian criminal justice system *vis-à-vis* Aboriginal peoples is due to “the fundamentally different world views of Aboriginal and non-Aboriginal people with respect to such elemental issues as the substantive content of justice and the process of achieving justice”. The *Gladue* principles direct sentencing judges to

peut, en fait, atténuer leur culpabilité morale. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50, après avoir décrit les facteurs contextuels ayant mené à l’inculpation de M. Skani, la juge Greckol de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta s’est exprimée en ces termes, au par. 60 : [TRADUCTION] « Peu d’êtres humains peuvent vivre une telle enfance et une telle jeunesse sans développer de graves problèmes. » Ne pas tenir compte de ces circonstances contreviendrait au principe fondamental de détermination de la peine — la proportionnalité de la peine à la gravité de l’infraction *et au degré de responsabilité du délinquant*. Par ailleurs, dans de telles circonstances, une sanction visant à traiter les causes sous-jacentes de la conduite criminelle peut se révéler plus appropriée qu’une sanction de nature punitive. Les juges Cory et Iacobucci ont d’ailleurs souligné la pertinence de ces considérations au par. 69 de l’arrêt *Gladue* :

Dans les cas où de tels facteurs ont joué un rôle important, il incombe au juge de la peine d’en tenir compte pour déterminer si l’incarcération aurait réellement un effet de dissuasion et de dénonciation du crime qui aurait un sens dans la communauté à laquelle le délinquant appartient. Dans bien des cas, les principes correctifs de détermination de la peine deviendront les plus pertinents pour la raison précise qu’il n’y a aucun autre moyen d’assurer la prévention du crime et la guérison individuelle et sociale.

[74] La deuxième catégorie de circonstances — les types de sanctions susceptibles d’être appropriés — a trait non pas au degré de culpabilité du délinquant, mais bien à l’efficacité de la peine elle-même. Comme le soulignent les juges Cory et Iacobucci au par. 73 de l’arrêt *Gladue*, « [c]e qu’il importe de reconnaître, c’est que, pour beaucoup sinon la plupart des délinquants autochtones, les concepts actuels de la détermination de la peine sont inadaptés parce que, souvent, ces concepts n’ont pas permis de répondre aux besoins, à l’expérience et à la façon de voir des peuples et communautés autochtones. » Comme l’affirme la CRPA, à la p. 336 de son rapport, le « lamentable échec » du système canadien de justice pénale à l’endroit des peuples autochtones découle de ce qu’« autochtones et non-autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes à l’égard de questions

abandon the presumption that all offenders and all communities share the same values when it comes to sentencing and to recognize that, given these fundamentally different world views, different or alternative sanctions may more effectively achieve the objectives of sentencing in a particular community.

[75] Section 718.2(e) does not create a race-based discount on sentencing. The provision does not ask courts to remedy the overrepresentation of Aboriginal people in prisons by artificially reducing incarceration rates. Rather, sentencing judges are required to pay particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders in order to endeavour to achieve a truly fit and proper sentence in any particular case. This has been, and continues to be, the fundamental duty of a sentencing judge. *Gladue* is entirely consistent with the requirement that sentencing judges engage in an individualized assessment of all of the relevant factors and circumstances, including the status and life experiences, of the person standing before them. *Gladue* affirms this requirement and recognizes that, up to this point, Canadian courts have failed to take into account the unique circumstances of Aboriginal offenders that bear on the sentencing process. Section 718.2(e) is intended to remedy this failure by directing judges to craft sentences in a manner that is meaningful to Aboriginal peoples. Neglecting this duty would not be faithful to the core requirement of the sentencing process.

[76] A third criticism, intimately related to the last, is that the Court's direction to utilize a method of analysis when sentencing Aboriginal offenders is inherently unfair as it creates unjustified distinctions between offenders who are otherwise similarly situated. This, in turn, violates the principle of sentence parity. This criticism is premised on the argument that the circumstances

fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l'administrer ». Les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* obligent le juge, lorsqu'il détermine la peine, à éviter de présumer que tous les délinquants et toutes les collectivités partagent les mêmes valeurs, et à reconnaître que, compte tenu de la présence de conceptions du monde foncièrement différentes, l'imposition de sanctions différentes ou substitutives peut permettre d'atteindre plus efficacement les objectifs de détermination de la peine dans une collectivité donnée.

[75] L'alinéa 718.2e) n'autorise pas une réduction de peine fondée sur la race. Cette disposition n'invite pas les tribunaux à remédier au problème de surreprésentation des Autochtones dans les prisons par une réduction artificielle des taux d'incarcération. Les juges chargés d'infliger la peine doivent plutôt accorder une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones pour fixer une peine véritablement adaptée et appropriée au contexte d'un cas donné. Il s'agissait, et il s'agit toujours, de leur obligation fondamentale. L'arrêt *Gladue* respecte entièrement l'exigence selon laquelle ces juges doivent examiner tous les facteurs et toutes les circonstances propres à la personne qui se trouve devant eux, y compris sa situation et son vécu. Dans l'arrêt *Gladue*, la Cour a réaffirmé cette exigence et a reconnu que les tribunaux canadiens n'avaient jusqu'alors pas tenu compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones, malgré leur pertinence dans l'imposition de la peine. L'alinéa 718.2e) vise à remédier à ce défaut en prescrivant aux juges d'adapter les sanctions à la situation des peuples autochtones. La violation de cette obligation contrevient aux exigences fondamentales du processus de détermination de la peine.

[76] Selon une troisième critique, intimement liée à la précédente, la recommandation adressée aux tribunaux d'utiliser une méthode différente pour la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone serait intrinsèquement inéquitable. En effet, elle établirait des distinctions injustifiées entre des délinquants placés dans une situation analogue, en violation du

of Aboriginal offenders are not, in fact, unique. As Professors Stenning and Roberts put it, at p. 158:

If the kinds of factors that place many Aboriginal people at a disadvantage *vis-à-vis* the criminal justice system also affect many members of other minority or similarly marginalized non-Aboriginal offender groups, how can it be fair to give such factors more particular attention in sentencing Aboriginal offenders than in sentencing offenders from those other groups who share a similar disadvantage?

[77] This critique ignores the distinct history of Aboriginal peoples in Canada. The overwhelming message emanating from the various reports and commissions on Aboriginal peoples' involvement in the criminal justice system is that current levels of criminality are intimately tied to the legacy of colonialism (see, e.g., RCAP, at p. 309). As Professor Carter puts it, "poverty and other incidents of social marginalization may not be unique, but how people get there is. No one's history in this country compares to Aboriginal people's" (M. Carter, "Of Fairness and Faulkner" (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 63, at p. 71). Furthermore, there is nothing in the *Gladue* decision which would indicate that background and systemic factors should not also be taken into account for other, non-Aboriginal offenders. Quite the opposite. Cory and Iacobucci JJ. specifically state, at para. 69, in *Gladue*, that "background and systemic factors will also be of importance for a judge in sentencing a non-aboriginal offender".

[78] The interaction between ss. 718.2(e) and 718.2(b) — the parity principle — merits specific attention. Section 718.2(b) states that "a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar

principe de parité dans l'imposition des peines. Cette critique repose sur l'argument selon lequel la situation des délinquants autochtones ne serait pas, dans les faits, particulière. Pour reprendre les propos des professeurs Stenning et Roberts, à la p. 158 :

[TRADUCTION] Si les types de facteurs désavantageant les Autochtones par rapport au système de justice pénale touchent également de nombreux délinquants d'autres groupes non autochtones minoritaires ou marginalisés de façon analogue, comment peut-il être juste que le juge chargé d'infliger la peine accorde à ces facteurs une attention plus particulière lorsque le délinquant est un Autochtone que lorsque celui-ci appartient à l'un de ces autres groupes désavantagés de façon analogue?

[77] Cette critique ne tient aucun compte de l'histoire particulière des peuples autochtones au Canada. Le message essentiel transmis par les divers rapports et commissions sur les peuples autochtones et le système de justice pénale souligne que les niveaux actuels de criminalité sont intimement liés à l'héritage du colonialisme (voir, p. ex., CRPA, p. 336). Pour reprendre les termes utilisés par le professeur Carter, [TRADUCTION] « la pauvreté et les autres cas de marginalisation sociale ne sont peut-être pas uniques; ce qui l'est toutefois, c'est la façon dont des personnes se retrouvent dans de telles situations. Personne au pays n'a un passé comparable à celui des peuples autochtones » (M. Carter, « Of Fairness and Faulkner » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 63, p. 71). De plus, rien dans l'arrêt *Gladue* n'indique que les facteurs historiques et systémiques ne devraient pas également être pris en considération dans le cas d'autres délinquants, non autochtones. Bien au contraire, les juges Cory et Iacobucci affirment explicitement dans *Gladue*, par. 69, que « les facteurs historiques et systémiques ont aussi leur importance dans la détermination de la peine applicable aux délinquants non-autochtones ».

[78] L'interaction entre les al. 718.2(e) et 718.2(b) — le principe de la parité — mérite une attention particulière. L'alinéa 718.2(b) prévoit « l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infligation de peines semblables à celles infligées à

circumstances”. Similarity, however, is sometimes an elusory concept. As Professor Brodeur describes (“On the Sentencing of Aboriginal Offenders: A Reaction to Stenning and Roberts” (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 45, at p. 49):

... “high unemployment” has a different meaning in the context of an Aboriginal reservation where there are simply no job opportunities and in an urban context where the White majority exclude Blacks from segments of the labour-market; “substance abuse” is not the same when it refers to young men smoking crack cocaine and to kids committing suicide by sniffing gasoline; “loneliness” is not experienced in a similar way in bush reservations and urban ghettos.

[79] In practice, similarity is a matter of degree. No two offenders will come before the courts with the same background and experiences, having committed the same crime in the exact same circumstances. Section 718.2(b) simply requires that any disparity between sanctions for different offenders be justified. To the extent that *Gladue* will lead to different sanctions for Aboriginal offenders, those sanctions will be justified based on their unique circumstances — circumstances which are rationally related to the sentencing process. Courts must ensure that a formalistic approach to parity in sentencing does not undermine the remedial purpose of s. 718.2(e). As Professor Quigley cautions, at p. 286:

Uniformity hides inequity, impedes innovation and locks the system into its mindset of jail. It also prevents us from re-evaluating the value of our aims of sentencing and their efficacy.

It is true that on the surface imposing the same penalty for the nearly identical offence is only fair. That might be closer to the truth in a society that is more equitable, more homogenous and more cohesive than ours. But in an ethnically and culturally diverse society,

des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Or, la similarité constitue parfois une notion difficile à définir. Le professeur Brodeur (« On the Sentencing of Aboriginal Offenders : A Reaction to Stenning and Roberts » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 45, p. 49) décrit cette notion en ces termes :

[TRADUCTION] . . . un « taux de chômage élevé » a une signification différente dans le contexte d’une réserve autochtone où il n’y a tout simplement aucune possibilité d’emploi et dans un contexte urbain où la majorité blanche exclut les Noirs de certains secteurs du marché du travail; la notion d’« abus d’alcool ou d’autres drogues » diffère lorsqu’elle se rapporte à de jeunes hommes fumant du crack et à des enfants qui se suicident en inhalant de l’essence; la « solitude » n’est pas vécue de la même façon dans les réserves isolées et dans les ghettos urbains.

[79] En pratique, la similarité demeure une question de degré. Les tribunaux ne verront sans doute jamais deux délinquants partageant une expérience de vie identique, qui auraient commis le même crime dans exactement les mêmes circonstances. L’alinéa 718.2b) exige simplement que toute disparité entre les sanctions imposées à différents délinquants soit justifiée. Dans la mesure où l’arrêt *Gladue* mène à l’imposition de sanctions différentes aux délinquants autochtones, ces sanctions se justifieront en raison des circonstances particulières dans lesquelles ils se trouvent — des circonstances rationnellement liées au processus de détermination de la peine. De plus, les tribunaux doivent veiller à ce qu’une application formaliste du principe de parité dans l’imposition des peines ne fasse pas échec à l’objectif réparateur de l’al. 718.2e). À ce propos, le professeur Quigley formule la mise en garde suivante, à la p. 286 :

[TRADUCTION] L’uniformité occulte l’injustice, fait obstacle à l’innovation et coince le système dans une philosophie d’emprisonnement. Elle nous empêche également de reconsidérer la valeur de nos objectifs de détermination de la peine et leur efficacité.

Certes, il n’est que juste à priori d’imposer la même peine pour une infraction presque identique. Ce point de vue se rapprocherait peut-être davantage de la vérité si nous vivions dans une société plus équitable, plus homogène et plus cohésive que la nôtre. Toutefois, dans une

there is a differential impact from the same treatment. Indeed, that has been recognized in the jurisprudence on equality rights under the Charter. Thus, there is a constitutional imperative to avoiding excessive concern about sentence disparity.

(2) Evaluating Aboriginal Sentencing Post-Gladue

[80] An examination of the post-*Gladue* jurisprudence applying s. 718.2(e) reveals several issues with the implementation of the provision. These errors have significantly curtailed the scope and potential remedial impact of the provision, thwarting what was originally envisioned by *Gladue*.

[81] First, some cases erroneously suggest that an offender must establish a causal link between background factors and the commission of the current offence before being entitled to have those matters considered by the sentencing judge. The decision of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Poucette*, 1999 ABCA 305, 250 A.R. 55, provides one example. In that case, the court concluded, at para. 14:

It is not clear how *Poucette*, a 19 year old, may have been affected by the historical policies of assimilation, colonialism, residential schools and religious persecution that were mentioned by the sentencing judge. While it may be argued that all aboriginal persons have been affected by systemic and background factors, *Gladue* requires that their influences be traced to the particular offender. Failure to link the two is an error in principle.

(See also *R. v. Gladue*, 1999 ABCA 279, 46 M.V.R. (3d) 183; *R. v. Andres*, 2002 SKCA 98, 223 Sask. R. 121.)

[82] This judgment displays an inadequate understanding of the devastating intergenerational effects of the collective experiences of Aboriginal peoples. It also imposes an evidentiary burden

société diversifiée sur les plans ethnique et culturel, un même traitement peut avoir un effet différent. C'est ce que reconnaît en fait la jurisprudence sur les droits à l'égalité garantis par la Charte. Éviter de se préoccuper exagérément de la disparité entre les sanctions imposées constitue donc un impératif constitutionnel.

(2) Évaluation de la détermination de la peine des délinquants autochtones depuis l'arrêt Gladue

[80] Un examen de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Gladue*, dans laquelle les tribunaux ont appliqué l'al. 718.2e), démontre la présence de plusieurs problèmes relatifs à la mise en œuvre de cette disposition. En commettant ces erreurs, les tribunaux ont considérablement restreint la portée et le potentiel réparateur de cette disposition. Ils ont ainsi compromis la réalisation des objectifs recherchés dans l'arrêt *Gladue*.

[81] Premièrement, certaines décisions laissent entendre à tort que le délinquant doit établir un lien de causalité entre les facteurs historiques et la perpétration de l'infraction pour que le juge de la peine puisse tenir compte de ces facteurs. L'arrêt *R. c. Poucette*, 1999 ABCA 305, 250 A.R. 55, représente un exemple de cette tendance. En effet, dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu, au par. 14 :

[TRADUCTION] On ne voit pas clairement comment *Poucette*, âgé de 19 ans, pourrait avoir été touché par les facteurs historiques mentionnés par le juge de détermination de la peine, soit les politiques d'assimilation, la colonisation, les pensionnats et la persécution religieuse. Bien qu'on puisse prétendre que les facteurs systémiques et historiques touchent tous les Autochtones, l'arrêt *Gladue* exige que l'on en constate les répercussions sur le délinquant même. Le défaut d'établir ce lien constitue une erreur de principe.

(Voir aussi *R. c. Gladue*, 1999 ABCA 279, 46 M.V.R. (3d) 183; *R. c. Andres*, 2002 SKCA 98, 223 Sask. R. 121.)

[82] Cet arrêt reflète une mauvaise compréhension des effets intergénérationnels dévastateurs des expériences collectives vécues par les peuples autochtones. Il impose également aux délinquants

on offenders that was not intended by *Gladue*. As the Ontario Court of Appeal states in *R. v. Collins*, 2011 ONCA 182, 277 O.A.C. 88, at paras. 32-33:

There is nothing in the governing authorities that places the burden of persuasion on an Aboriginal accused to establish a causal link between the systemic and background factors and commission of the offence. . . .

As expressed in *Gladue*, *Wells* and *Kakekagamick*, s. 718.2(e) requires the sentencing judge to “give attention to the unique background and systemic factors which may have played a part in bringing the particular offender before the courts”: *Gladue* at para. 69. This is a much more modest requirement than the causal link suggested by the trial judge.

(See also *R. v. Jack*, 2008 BCCA 437, 261 B.C.A.C. 245.)

[83] As the Ontario Court of Appeal goes on to note in *Collins*, it would be extremely difficult for an Aboriginal offender to ever establish a direct causal link between his circumstances and his offending. The interconnections are simply too complex. The Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba describes the issue, at p. 86:

Cultural oppression, social inequality, the loss of self-government and systemic discrimination, which are the legacy of the Canadian government’s treatment of Aboriginal people, are intertwined and interdependent factors, and in very few cases is it possible to draw a simple and direct correlation between any one of them and the events which lead an individual Aboriginal person to commit a crime or to become incarcerated.

Furthermore, the operation of s. 718.2(e) does not logically require such a connection. Systemic and background factors do not operate as an excuse or justification for the criminal conduct. Rather, they provide the necessary context to enable a judge to determine an appropriate sentence. This is not to say that those factors need not be tied in some way to the particular offender and offence. Unless the

un fardeau de la preuve que n’avait pas prévu l’arrêt *Gladue*. Comme l’affirme la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Collins*, 2011 ONCA 182, 277 O.A.C. 88, par. 32-33 :

[TRADUCTION] Rien dans la jurisprudence applicable n’impose à l’accusé autochtone le fardeau d’établir l’existence d’un lien de causalité entre les facteurs systémiques et historiques et la perpétration de l’infraction. . . .

Comme l’indiquent les arrêts *Gladue*, *Wells* et *Kakekagamick*, l’al. 718.2e) oblige le juge chargé d’infliger la peine à « prêter attention aux facteurs historiques et systémiques particuliers qui ont pu contribuer à ce que ce délinquant soit traduit devant les tribunaux » : *Gladue*, par. 69. Il s’agit là d’une exigence beaucoup plus modeste que le lien de causalité évoqué par le juge du procès.

(Voir aussi *R. c. Jack*, 2008 BCCA 437, 261 B.C.A.C. 245.)

[83] De plus, ainsi que le souligne la Cour d’appel de l’Ontario dans *Collins*, un délinquant autochtone devrait affronter d’extrêmes difficultés pour établir un lien de causalité direct entre sa situation et la perpétration de l’infraction. Ces corrélations sont tout simplement trop complexes. Les commissaires chargés de l’Enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba l’expliquent, à la p. 86 :

[TRADUCTION] L’oppression culturelle, les inégalités sociales, la perte de l’autonomie gouvernementale et la discrimination systémique — l’héritage du traitement accordé par le gouvernement canadien aux peuples autochtones — sont des facteurs intimement liés et interdépendants. Rares sont les cas où il est possible d’établir un lien simple et direct entre l’un de ces facteurs et les événements ayant mené un Autochtone à commettre un crime ou à être incarcéré.

De plus, l’application de l’al. 718.2e) n’exige pas logiquement un tel lien. Les facteurs systémiques et historiques ne constituent pas une excuse ou une justification à la conduite criminelle. Ils établissent plutôt le cadre contextuel nécessaire pour permettre au juge d’infliger une peine appropriée. Toutefois, la reconnaissance de ce rôle ne dispense pas de l’obligation d’établir un lien entre ces facteurs, le

unique circumstances of the particular offender bear on his or her culpability for the offence or indicate which sentencing objectives can and should be actualized, they will not influence the ultimate sentence.

[84] The second and perhaps most significant issue in the post-*Gladue* jurisprudence is the irregular and uncertain application of the *Gladue* principles to sentencing decisions for serious or violent offences. As Professor Roach has indicated, “appellate courts have attended disproportionately to just a few paragraphs in these two Supreme Court judgments — paragraphs that discuss the relevance of *Gladue* in serious cases and compare the sentencing of Aboriginal and non-Aboriginal offenders” (K. Roach, “One Step Forward, Two Steps Back: *Gladue* at Ten and in the Courts of Appeal” (2009), 54 *Crim. L.Q.* 470, at p. 472). The passage in *Gladue* that has received this unwarranted emphasis is the observation that “[g]enerally, the more violent and serious the offence the more likely it is as a practical reality that the terms of imprisonment for aboriginals and non-aboriginals will be close to each other or the same, even taking into account their different concepts of sentencing” (para. 79; see also *Wells*, at paras. 42-44). Numerous courts have erroneously interpreted this generalization as an indication that the *Gladue* principles do not apply to serious offences (see, e.g., *R. v. Carrière* (2002), 164 C.C.C. (3d) 569 (Ont. C.A.)).

[85] Whatever criticisms may be directed at the decision of this Court for any ambiguity in this respect, the judgment ultimately makes it clear that sentencing judges have a *duty* to apply s. 718.2(e): “There is no discretion as to whether to consider the unique situation of the aboriginal offender; the only discretion concerns the determination of a just and appropriate sentence” (*Gladue*, at para. 82).

délinquant et l’infraction qui a été commise. Ces facteurs n’influenceront pas sur la détermination de la peine, à moins que la situation particulière de l’accusé n’ait un lien avec sa culpabilité ou ne suggère de quelle manière la mise en œuvre des objectifs de la peine devrait être adaptée au contexte actuel du prévenu.

[84] L’application irrégulière et incertaine des principes établis dans *Gladue* lorsqu’il s’agit d’imposer une peine pour un crime grave ou violent constitue le deuxième et peut-être le plus important problème que présente la jurisprudence postérieure à cet arrêt. Pour reprendre les propos du professeur Roach, [TRADUCTION] « les cours d’appel ont porté une attention excessive à seulement quelques paragraphes de ces deux arrêts de la Cour suprême — ceux portant sur la pertinence de l’arrêt *Gladue* dans les cas graves et comparant la détermination de la peine des délinquants autochtones et non autochtones » (K. Roach, « One Step Forward, Two Steps Back : *Gladue* at Ten and in the Courts of Appeal » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 470, p. 472). La partie de l’arrêt *Gladue* sur laquelle la jurisprudence insiste indûment porte que « [d]e façon générale, plus violente et grave sera l’infraction, plus grande sera la probabilité que la durée des peines d’emprisonnement des autochtones et des non-autochtones soit en pratique proche ou identique, même compte tenu de leur conception différente de la détermination de la peine » (par. 79; voir aussi *Wells*, par. 42-44). Bien des tribunaux ont interprété à tort cette observation générale comme une affirmation selon laquelle les principes de l’arrêt *Gladue* ne s’appliquent pas aux infractions graves (voir, p. ex., *R. c. Carrière* (2002), 164 C.C.C. (3d) 569 (C.A. Ont.)).

[85] Quelles que soient les critiques possibles à propos de l’ambiguïté de son arrêt à cet égard, la Cour précise clairement que le juge chargé d’infliger la peine a l’obligation d’appliquer l’al. 718.2e) : « Le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire d’examiner ou de ne pas examiner la situation particulière du délinquant autochtone; son seul pouvoir discrétionnaire réside dans la détermination

Similarly, in *Wells*, Iacobucci J. reiterated, at para. 50, that

[t]he generalization drawn in *Gladue* to the effect that the more violent and serious the offence, the more likely as a practical matter for similar terms of imprisonment to be imposed on aboriginal and non-aboriginal offenders, was not meant to be a principle of universal application. In each case, the sentencing judge must look to the circumstances of the aboriginal offender.

This element of duty has not completely escaped the attention of Canadian appellate courts (see, e.g., *R. v. Kakekagamick* (2006), 214 O.A.C. 127; *R. v. Jensen* (2005), 196 O.A.C. 119; *R. v. Abraham*, 2000 ABCA 159, 261 A.R. 192).

[86] In addition to being contrary to this Court's direction in *Gladue*, a sentencing judge's failure to apply s. 718.2(e) in the context of serious offences raises several questions. First, what offences are to be considered "serious" for this purpose? As Ms. Pelletier points out: "Statutorily speaking, there is no such thing as a 'serious' offence. The *Code* does not make a distinction between serious and non-serious crimes. There is also no legal test for determining what should be considered 'serious'" (R. Pelletier, "The Nullification of Section 718.2(e): Aggravating Aboriginal Over-representation in Canadian Prisons" (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 469, at p. 479). Trying to carve out an exception from *Gladue* for serious offences would inevitably lead to inconsistency in the jurisprudence due to "the relative ease with which a sentencing judge could deem any number of offences to be 'serious'" (Pelletier, at p. 479). It would also deprive s. 718.2(e) of much of its remedial power, given its focus on reducing overreliance on incarceration. A second question arises: Who are courts sentencing if not the offender standing in front of them? If the offender is Aboriginal, then courts must consider all of the circumstances of that offender, including the unique circumstances described in *Gladue*. There is no sense comparing the sentence that a particular Aboriginal offender would receive to the

d'une peine juste et appropriée » (*Gladue*, par. 82). De même, dans l'arrêt *Wells*, le juge Iacobucci a réitéré au par. 50 que

[l]a généralisation faite dans *Gladue*, selon laquelle plus grave et violente sera l'infraction, plus grande sera la probabilité, d'un point de vue pratique, que des peines d'emprisonnement semblables soient infligées aux délinquants autochtones et non-autochtones, ne se voulait pas un principe d'application universelle. Dans chaque affaire, le juge qui détermine la peine doit examiner les circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant autochtone.

L'affirmation de cette obligation n'a pas complètement échappé à l'attention des cours d'appel canadiennes (voir, p. ex., *R. c. Kakekagamick* (2006), 214 O.A.C. 127; *R. c. Jensen* (2005), 196 O.A.C. 119; *R. c. Abraham*, 2000 ABCA 159, 261 A.R. 192).

[86] En plus de contredire la directive d'interprétation et d'application énoncée par la Cour dans *Gladue*, la non-application de l'al. 718.2e) dans le contexte d'infractions graves soulève plusieurs questions. Premièrement, quelles infractions doivent être considérées comme « graves » à cet égard? Comme le souligne M^{me} Pelletier, [TRADUCTION] « [l]a notion d'infractions "graves" n'existe pas dans les textes de loi. Le *Code* n'établit pas de distinction entre les crimes graves et ceux qui ne le sont pas. De plus, aucun critère juridique ne permet de déterminer quelles infractions devraient être considérées comme "graves" » (R. Pelletier, « The Nullification of Section 718.2(e) : Aggravating Aboriginal Over-representation in Canadian Prisons » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 469, p. 479). Toute tentative d'établir une exception pour les infractions graves à partir du principe de l'arrêt *Gladue* provoquerait l'apparition de courants jurisprudentiels contradictoires, compte tenu de « la facilité relative avec laquelle les juges de détermination de la peine pourraient considérer un certain nombre d'infractions comme "graves" » (Pelletier, p. 479). L'alinéa 718.2e) perdrait aussi une bonne partie de son pouvoir réparateur, étant donné l'accent mis dans cette disposition sur l'atténuation du recours excessif à l'incarcération. Par ailleurs, la deuxième question qui se pose est

sentence that some hypothetical non-Aboriginal offender would receive, because there is only one offender standing before the court.

[87] The sentencing judge has a statutory duty, imposed by s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, to consider the unique circumstances of Aboriginal offenders. Failure to apply *Gladue* in any case involving an Aboriginal offender runs afoul of this statutory obligation. As these reasons have explained, such a failure would also result in a sentence that was not fit and was not consistent with the fundamental principle of proportionality. Therefore, application of the *Gladue* principles is required in every case involving an Aboriginal offender, including breach of an LTSO, and a failure to do so constitutes an error justifying appellate intervention.

VI. Application

A. *Manasie Ipeelee*

[88] Megginson J. sentenced Mr. Ipeelee to three years' imprisonment, less credit for pre-sentence custody. The Court of Appeal upheld that sentence. Both courts emphasized the serious nature of the breach, given the documented link between Mr. Ipeelee's use of alcohol and his propensity to engage in violence. As a result, both courts emphasized the objectives of denunciation, deterrence, and protection of the public.

[89] In my view, the courts below made several errors in principle warranting appellate intervention. First, the courts reached the erroneous conclusion that protection of the public is the

la suivante : à qui le tribunal impose-t-il une peine si ce n'est au délinquant qui se trouve devant lui? Si le délinquant est un Autochtone, le tribunal doit tenir compte de sa situation dans son ensemble, y compris les circonstances particulières décrites dans l'arrêt *Gladue*. Il serait illogique de comparer la peine à infliger au délinquant autochtone avec celle que se verrait imposer un délinquant hypothétique non autochtone, parce qu'un seul délinquant se trouve devant le tribunal.

[87] Le juge chargé d'imposer la peine a l'obligation légale de tenir compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones, comme l'al. 718.2e) du *Code criminel* le prévoit. Le défaut d'appliquer les principes établis par l'arrêt *Gladue* dans une affaire mettant en cause un délinquant autochtone contrevient à cette obligation. Comme nous l'avons expliqué dans les présents motifs, ce défaut entraînerait aussi l'imposition d'une peine injuste et incompatible avec le principe fondamental de la proportionnalité. En conséquence, l'application des principes établis dans *Gladue* est requise dans tous les cas où un délinquant autochtone est en cause, y compris dans le contexte d'un manquement à une OSLD, et le non-respect de cette exigence constitue une erreur justifiant une intervention en appel.

VI. Application

A. *Manasie Ipeelee*

[88] Le juge Megginson a condamné M. Ipeelee à trois ans d'emprisonnement, moins le temps passé en détention présentencielle. La Cour d'appel a confirmé cette peine. Les deux cours d'instance inférieure ont insisté sur la gravité du manquement, compte tenu du lien documenté entre la consommation d'alcool de M. Ipeelee et sa propension à la violence. En conséquence, elles ont toutes les deux mis l'accent sur les objectifs de dénonciation, de dissuasion et de protection du public.

[89] À mon avis, les cours d'instance inférieure ont commis plusieurs erreurs de principe justifiant une intervention en appel. D'abord, elles ont conclu à tort que la protection du public

paramount objective when sentencing for breach of an LTSO and that rehabilitation plays only a small role. As discussed, while protection of the public is important, the legislative purpose of an LTSO as a form of conditional release set out in s. 100 of the *CCRA* is to rehabilitate offenders and reintegrate them into society. The courts therefore erred in concluding that rehabilitation was not a relevant sentencing objective.

[90] As a result of this error, the courts below gave only attenuated consideration to Mr. Ipeelee's circumstances as an Aboriginal offender. Relying on *Carrière*, the Court of Appeal concluded that this was the kind of offence where the sentence will not differ as between Aboriginal and non-Aboriginal offenders, and relying on *W. (H.P.)*, held that features of Aboriginal sentencing play little or no role when sentencing long-term offenders. Given certain trends in the jurisprudence discussed above, it is easy to see how the court reached this conclusion. Nonetheless, they erred in doing so. These errors justify the Court's intervention.

[91] It is therefore necessary to consider what sentence is warranted in the circumstances. Mr. Ipeelee breached the alcohol abstention condition of his LTSO. His history indicates a strong correlation between alcohol use and violent offending. As a result, abstaining from alcohol is critical to managing his risk in the community. That being said, the conduct constituting the breach was becoming intoxicated, not becoming intoxicated and engaging in violence. The Court must focus on the actual incident giving rise to the breach. A fit sentence should seek to manage the risk of reoffence he continues to pose to the community in a manner that addresses his alcohol abuse, rather than punish him for what might have been. To

constituait l'objectif primordial de la détermination de la peine pour un manquement à une OSLD et que la réadaptation ne joue qu'un rôle mineur. Rappelons que, malgré l'importance de la protection du public, l'objectif législatif d'une OSLD, comme forme de libération conditionnelle, énoncé à l'art. 100 de la *LSCMLSC* est la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants. Les juridictions inférieures ont donc commis une erreur en concluant que la réadaptation ne constituait pas un objectif pertinent dans la détermination de la peine.

[90] De plus, en raison de cette erreur, les cours d'instance inférieure n'ont accordé qu'une importance atténuée à la situation de M. Ipeelee en tant que délinquant autochtone. La Cour d'appel s'est fondée sur l'arrêt *Carrière* pour conclure qu'il s'agissait en l'espèce du type d'infraction pour laquelle la peine imposée ne différerait pas entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones, et elle a statué, en s'appuyant sur l'arrêt *W. (H.P.)*, que les particularités du processus de détermination de la peine applicable aux délinquants autochtones n'entraient presque pas, sinon pas du tout en ligne de compte dans le cas d'un délinquant à contrôler. Compte tenu de certaines tendances jurisprudentielles mentionnées précédemment, on comprend facilement comment une telle conclusion a été tirée en l'espèce. Néanmoins, cette conclusion est erronée. La Cour doit donc intervenir.

[91] Par conséquent, il devient nécessaire de déterminer quelle peine est justifiée dans les circonstances. M. Ipeelee a contrevenu à l'interdiction de consommer de l'alcool établie dans son OSLD. Ses antécédents dénotent un lien étroit entre sa consommation d'alcool et la perpétration d'infractions avec violence. L'abstention de consommer de l'alcool est donc essentielle à la gestion du risque qu'il représente dans la collectivité. Cela dit, le manquement qu'on lui reproche consiste à s'être enivré, et non à avoir commis des actes de violence alors qu'il était en état d'ébriété. La Cour doit centrer son attention sur l'incident qui a effectivement constitué un manquement. Une peine juste en l'espèce visera à contrôler le risque qu'il continue de représenter

engage in the latter would certainly run afoul of the principles of fundamental justice.

[92] At the time of the offence, Mr. Ipeelee was 18 months into his LTSO. He was living in Kingston, where there were few culturally relevant support systems in place. There is no evidence, other than one isolated instance of refusing urinalysis, that he consumed alcohol on any occasion prior to this breach. Mr. Ipeelee's history indicates that he has been drinking heavily since the age of 11. Relapse is to be expected as he continues to address his addiction.

[93] Taking into account the relevant sentencing principles, the fact that this is Mr. Ipeelee's first breach of his LTSO and that he pleaded guilty to the offence, I would substitute a sentence of one year's imprisonment. Given the circumstances of his previous convictions, abstaining from alcohol is crucial to Mr. Ipeelee's rehabilitation under the long-term offender regime. Consequently, this sentence is designed to denounce Mr. Ipeelee's conduct and deter him from consuming alcohol in the future. In addition, it provides a sufficient period of time without access to alcohol so that Mr. Ipeelee can get back on track with his alcohol treatment. Finally, the sentence is not so harsh as to suggest to Mr. Ipeelee that success under the long-term offender regime is simply not possible.

B. *Frank Ralph Ladue*

[94] Bagnall Prov. Ct. J. sentenced Mr. Ladue to three years' imprisonment, less credit for pre-sentence custody. The majority of the Court of Appeal intervened and substituted a sentence of one year's imprisonment. Bennett J.A., writing for

pour la collectivité en s'attaquant à sa consommation excessive d'alcool, plutôt qu'à le punir pour ce qui aurait pu arriver. S'engager dans cette dernière voie contredirait certainement les principes de justice fondamentale.

[92] Au moment de l'infraction, M. Ipeelee était assujéti à l'OSLD depuis 18 mois. Il vivait à Kingston, où peu de ressources offrant un soutien pertinent adapté à sa culture étaient disponibles. Aucun élément de preuve, hormis le refus de fournir un échantillon d'urine à une occasion, ne démontre que M. Ipeelee aurait consommé de l'alcool avant le manquement qu'on lui reproche en l'espèce. L'histoire personnelle de M. Ipeelee révèle qu'il boit beaucoup depuis l'âge de 11 ans. Des rechutes sont prévisibles dans la poursuite de sa lutte contre sa dépendance.

[93] Compte tenu des principes applicables de détermination de la peine, du fait qu'il s'agit de son premier manquement à l'OSLD et que M. Ipeelee a plaidé coupable à l'infraction, je suis d'avis de remplacer la peine initiale par un an d'emprisonnement. En raison des circonstances entourant ses condamnations antérieures, il est crucial que M. Ipeelee s'abstienne de consommer de l'alcool pour que le régime applicable aux délinquants à contrôler mène à sa réadaptation. Par conséquent, cette peine est conçue pour dénoncer la conduite reprochée à M. Ipeelee et le dissuader de consommer de l'alcool à l'avenir. Elle impose aussi à M. Ipeelee une période de sobriété suffisamment longue pour le remettre sur la voie de la désintoxication. Cependant, elle n'est pas sévère au point de porter M. Ipeelee à croire qu'il n'est tout simplement pas possible que le régime applicable aux délinquants à contrôler donne des résultats positifs dans son cas.

B. *Frank Ralph Ladue*

[94] La juge Bagnall de la cour provinciale a condamné M. Ladue à trois ans d'emprisonnement, compte tenu du temps qu'il avait passé en détention présentencielle. La Cour d'appel à la majorité est intervenue et a réduit la peine d'emprisonnement à

the majority, held that the sentencing judge made two errors warranting appellate intervention.

[95] First, the majority of the Court of Appeal held that the sentencing judge failed to give sufficient weight to Mr. Ladue's circumstances as an Aboriginal offender. Although she acknowledged Mr. Ladue's Aboriginal status in her reasons for sentence, she failed to give it any "tangible consideration" (para. 64). In my view, the Court of Appeal was right to intervene on this basis. The sentencing judge described Mr. Ladue's history in great detail, but she failed to consider whether and how that history ought to impact on her sentencing decision. As a result, she failed to give effect to Parliament's direction in s. 718.2(e) of the *Criminal Code*. As the Court of Appeal rightly concluded, this was a case in which the unique circumstances of the Aboriginal offender indicated that the objective of rehabilitation ought to have been given greater emphasis:

Mr. Ladue desires to succeed, as exhibited by his request not to be sent to Belkin House. However, he is addicted to drugs and alcohol, which can directly be related to how he was treated as an Aboriginal person. He has not reoffended in a manner which threatens the safety of the public. He will ultimately be released into the community without supervision. Unless he can manage his alcohol and drug addiction in the community he will very likely be a threat to the public. Repeated efforts at abstinence are not unusual for those dealing with addiction. Indeed, Mr. Ladue demonstrated that he is capable of abstinence as shown by his conduct a number of years ago. [para. 63]

[96] Second, the majority of the Court of Appeal held that a sentence of three years' imprisonment was not proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The Court of Appeal placed particular emphasis on the manner in which Mr. Ladue came to arrive at Belkin House rather than Linkage House. In my view, this emphasis was entirely warranted. Mr. Ladue is addicted to opiates — incidentally, a form of the

un an. S'exprimant au nom de la majorité, la juge Bennett a conclu que la juge de détermination de la peine avait commis deux erreurs qui justifiaient une intervention en appel.

[95] D'abord, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que la juge de détermination de la peine n'avait pas accordé suffisamment d'importance à la situation de M. Ladue en tant que délinquant autochtone. Bien qu'elle ait reconnu le statut d'Autochtone de M. Ladue dans ses motifs, elle n'en avait pas [TRADUCTION] « tenu compte concrètement » (par. 64). Selon moi, l'intervention de la Cour d'appel à cet égard était justifiée. La juge de détermination de la peine a décrit l'histoire personnelle de M. Ladue de façon très détaillée, mais elle ne s'est pas demandé si cette histoire devait influencer sur la sentence ni, le cas échéant, de quelle façon. Elle n'a donc pas respecté la directive donnée par le législateur à l'al. 718.2e) du *Code criminel*. La Cour d'appel a conclu à bon droit qu'il s'agissait d'un cas où la situation propre au délinquant autochtone indiquait qu'il fallait accorder plus d'importance à l'objectif de réadaptation :

[TRADUCTION] M. Ladue souhaite réussir, comme en témoigne sa demande de ne pas être renvoyé à la Belkin House. Il souffre toutefois d'une dépendance aux drogues et à l'alcool, qui peut avoir un lien direct avec la façon dont il a été traité à titre d'Autochtone. Il n'a pas récidivé de manière à compromettre la sécurité de la population. Il finira par être libéré sans surveillance dans la collectivité. S'il ne réussit pas à maîtriser sa dépendance à l'alcool et aux drogues dans la collectivité, il représentera fort probablement une menace pour la population. Les tentatives répétées d'abstinence ne sont pas inhabituelles chez les personnes aux prises avec une dépendance. En fait, M. Ladue a démontré qu'il était capable d'abstinence, comme en fait foi son comportement d'il y a plusieurs années. [par. 63]

[96] Ensuite, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'était pas proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Ils ont accordé une importance particulière à la façon dont M. Ladue s'est retrouvé à la Belkin House plutôt qu'à la Linkage House. À mon avis, cette importance était entièrement justifiée. M. Ladue souffre d'une dépendance aux opiacés — soit

same drug he first began using while incarcerated in a federal penitentiary. He had arranged to be released to Linkage House where he would have access to culturally relevant programming and the resources of an Elder. Instead, as a result of errors made by correctional officials, he was released to Belkin House where he was immediately tempted by drugs. The Court of Appeal was therefore justified in reaching the following conclusion:

I acknowledge that Mr. Ladue's repeated failure to abstain from substances while on release required some time back in prison. However, in my respectful opinion, a sentence of one year would properly reflect the principles and purpose of sentencing. I say this because it is enough time for Mr. Ladue to achieve sobriety, and enough time for the correctional staff to find an appropriate placement for him, preferably Linkage House or another halfway house which emphasizes Aboriginal culture and healing. In addition, a one-year sentence is more reflective of and more proportionate to the nature of his offence and his circumstances. . . .

. . . the circumstances of Mr. Ladue's background played an instrumental part in his offending over his lifetime and his rehabilitation is critical to the protection of the public. [paras. 81-82]

[97] The judgment of the Court of Appeal is well founded. Bennett J.A. cogently analysed this Court's decisions in *Gladue* and *L.M.* and correctly applied those principles to the facts of the specific case. A sentence of one year's imprisonment adequately reflects the principles and objectives of sentencing set out in the *Criminal Code*. As a result, I would dismiss the Crown's appeal and affirm the sentence of one year's imprisonment imposed by the majority of the Court of Appeal.

VII. Conclusion

[98] For the foregoing reasons, I would allow the offender's appeal in *Ipeelee* and substitute a sentence of one year's imprisonment. I would dismiss the Crown's appeal in *Ladue*.

dit en passant, un type de drogue qu'il a commencé à consommer pendant un séjour dans un pénitencier fédéral. Il avait pris des mesures pour être placé à la Linkage House, où il aurait eu accès à un programme adapté à sa culture et au soutien d'un aîné. En raison d'erreurs commises par le personnel des services correctionnels, il a été envoyé à la Belkin House, où il a été immédiatement tenté de consommer de la drogue. C'est donc à bon droit que la Cour d'appel a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Je reconnais que l'échec répété des tentatives de M. Ladue de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes pendant ses périodes de liberté exigeait qu'il retourne en prison quelque temps. Toutefois, à mon sens, une peine de un an d'emprisonnement refléterait adéquatement les principes et les objectifs de détermination de la peine. Il s'agit en effet d'une période suffisante pour que M. Ladue réussisse à devenir sobre et pour que le personnel des services correctionnels lui trouve un endroit approprié où rester, de préférence la Linkage House ou une autre maison de transition où l'accent est mis sur la culture autochtone et la guérison. En outre, une peine de un an d'emprisonnement correspond davantage à la nature de l'infraction commise et aux circonstances propres à M. Ladue. . .

. . . les circonstances relatives à l'histoire personnelle de M. Ladue ont joué un rôle important dans les infractions qu'il a commises au fil des ans et sa réadaptation est essentielle pour la protection du public. [par. 81-82]

[97] L'arrêt de la Cour d'appel est bien fondé. La juge Bennett a fait une analyse convaincante des décisions prononcées par la Cour dans *Gladue* et dans *L.M.* et elle a correctement appliqué ces principes aux faits de l'espèce. Une peine de un an d'emprisonnement reflète adéquatement les principes et les objectifs de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer la peine de un an d'emprisonnement imposée par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

VII. Conclusion

[98] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du délinquant dans l'affaire *Ipeelee* et de réduire la peine d'emprisonnement à un an. Je suis d'avis de rejeter l'appel du ministère public dans l'affaire *Ladue*.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

ROTHSTEIN J. (dissenting in part) —

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident en partie) —

I. Introduction

[99] I have had the opportunity of reading the reasons of my colleague Justice LeBel. While I am in agreement with much of what my colleague has written in the context of general sentencing principles and application of those principles to Aboriginal offenders, I am of the respectful opinion that he does not specifically address the issue of the sentencing of Aboriginal offenders who have been found to be long-term offenders and have been found guilty of breaching a condition of a long-term supervision order (“LTSO”).

[100] I believe that LeBel J.’s reasons conflate the purpose and objective of LTSOs with the purpose and objective of sentencing for breaches of such orders. My concern is that the message they send to sentencing judges as to the weight to be given to considerations relevant to the sentencing for breaches in such cases is not consistent with Parliamentary intent. In my opinion, Parliament has said that protection of society is the paramount consideration when it comes to such sentencing. Elevating rehabilitation and reintegration into society to a more significant factor diverts the sentencing judge from adhering to the expressed intention of Parliament.

[101] With respect to sentencing of Aboriginal offenders, I agree that s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pertaining to Aboriginal offenders, is mandatory and must be applied in all cases, including the case of long-term Aboriginal offenders. However, once an Aboriginal individual is found to be a long-term offender, and the offender has breached one or more conditions of his or her LTSO, alternatives to a significant prison term will be limited. The risk the Aboriginal offender poses in the community is substantial and the management of that risk has been compromised. That is the reality facing the

I. Introduction

[99] J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge LeBel. Bien que je souscrive en bonne partie à ses motifs en ce qui concerne les principes généraux de détermination de la peine et l’application de ces principes aux délinquants autochtones, j’estime que mon collègue ne traite pas expressément de la question de la détermination de la peine à infliger aux Autochtones qui ont été déclarés délinquants à contrôler et reconnus coupables d’un manquement à une condition d’une ordonnance de surveillance de longue durée (« OSLD »).

[100] À mon avis, les motifs du juge LeBel confondent l’objectif des OSLD avec l’objectif de la détermination de la peine en cas de manquement à de telles ordonnances. Je crains que le message qu’ils envoient aux juges — en ce qui concerne le poids à accorder aux considérations applicables dans la détermination de la peine pour de tels manquements — ne soit pas compatible avec l’intention du législateur. À mon avis, le législateur a affirmé que la protection de la société constitue le critère déterminant lorsqu’il s’agit d’imposer une peine pour de tels manquements. Considérer la réadaptation et la réinsertion sociale comme un facteur plus important peut détourner le juge qui détermine la peine de la réalisation de l’intention expresse du législateur.

[101] Lorsqu’il s’agit d’imposer une peine à des délinquants autochtones, je conviens que l’al. 718.2(e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui les vise directement, est une disposition impérative qui doit être appliquée dans tous les cas, y compris aux délinquants autochtones à contrôler. Toutefois, lorsqu’un Autochtone déclaré délinquant à contrôler a manqué à une ou à plusieurs conditions de son OSLD, les solutions autres qu’une période d’emprisonnement importante seront limitées. Le risque que le délinquant autochtone présente pour la société est élevé et la gestion de ce risque a été compromise. Il s’agit là de la réalité à laquelle doit

judge charged with fixing an appropriate sentence in such circumstances.

II. Facts

A. *Manasie Ipeelee*

[102] Manasie Ipeelee, an Inuk, was born on December 28, 1972, in Iqaluit and grew up in that community. He suffered a tragic upbringing, which saw the death of his alcoholic mother when he was a child and the development of his own serious alcohol addiction by the time he was 12 years old. His life is marked by an ever-present alcohol addiction coupled with a propensity to inflict brutal violence on those with whom he comes into contact while intoxicated.

[103] From the age of 12 to 18, he accumulated a record of 36 convictions, mostly property-related. As an adult, Mr. Ipeelee continued to commit property offences, but added to them a series of increasingly violent crimes. The series of violent offences began in September 1992, when he was 19. On this occasion, he attacked a man with an ashtray and chair when he was refused entry into the victim's home. He pled guilty to assault causing bodily harm and was sentenced to 21 days' imprisonment followed by one year's probation.

[104] In August 1993, he committed a second assault causing bodily harm when, while on probation for the prior offence, he beat an individual unconscious outside a bar in Iqaluit, kicking him in the face at least 10 times and continuing the assault after the individual had lost consciousness. This attack left the victim hospitalized. Less than one year later he pled guilty to yet another aggravated assault. This time the victim was hospitalized after being beaten to unconsciousness by Mr. Ipeelee, who then continued to stomp on his face. Mr. Ipeelee was sentenced to 5 months' imprisonment for the August 1993 offence and 14 months for the subsequent offence.

faire face le juge chargé d'établir une peine appropriée en pareilles circonstances.

II. Les faits

A. *Manasie Ipeelee*

[102] Manasie Ipeelee, un Inuit, est né le 28 décembre 1972 à Iqaluit, ville où il a grandi. Il a vécu une enfance tragique, voyant sa mère alcoolique mourir alors qu'il était jeune enfant et ayant déjà développé lui-même, à l'âge de 12 ans, une grave dépendance à l'alcool. Sa vie est marquée par une dépendance omniprésente à l'alcool combinée à une propension à commettre des actes de brutalité envers les personnes avec lesquelles il entre en contact quand il est en état d'ébriété.

[103] De l'âge de 12 ans à l'âge de 18 ans, il a accumulé 36 déclarations de culpabilité, principalement pour des infractions relatives aux biens. À l'âge adulte, M. Ipeelee a continué de commettre ce type d'infractions, mais s'est mis à commettre également une série de crimes de plus en plus violents. Ces infractions avec violence ont commencé en septembre 1992, lorsqu'il était âgé de 19 ans. Il a alors agressé, avec un cendrier et une chaise, un homme qui refusait de le laisser entrer dans sa demeure. Il a plaidé coupable à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et a été condamné à 21 jours d'emprisonnement, suivis d'un an de probation.

[104] Au mois d'août 1993, alors qu'il était en probation pour l'infraction précédente, il a commis une deuxième agression causant des lésions corporelles. Dans cette affaire, il a battu une personne à l'extérieur d'un bar d'Iqaluit, lui donnant au moins 10 coups de pied au visage et poursuivant l'agression après que la victime eut perdu connaissance. La victime a dû être hospitalisée en raison de cette agression. Moins d'un an plus tard, il a plaidé coupable à une autre accusation de voies de fait graves. Cette fois, la victime avait été hospitalisée après avoir été battue et piétinée au visage, même après avoir perdu connaissance. M. Ipeelee a été condamné à 5 mois d'emprisonnement pour l'infraction du mois d'août 1993 et à 14 mois d'emprisonnement pour l'infraction subséquente.

[105] Three weeks after receiving early release from prison for this attack, he committed a sexual assault in which he and another man raped a woman who had passed out from intoxication at a party. He pled guilty and received a sentence of two years in prison. A consecutive eight-month sentence was added for his escape from prison two days before the plea and sentencing hearing. In the six months after his release for this offence, he was arrested at least nine times for public intoxication.

[106] In August 1999, he committed a sexual assault causing bodily harm when he raped a homeless woman, during the course of which he threatened to kill her, and punched her repeatedly in the face. The woman required treatment in hospital for her injuries. It was this crime that led to his designation as a long-term offender. At the hearing the sentencing judge noted (2001 NWTSC 33, [2001] N.W.T.J. No. 30 (QL)):

This summary of Mr. Ipeelee's crimes of violence shows a consistent pattern of Mr. Ipeelee administering gratuitous violence against vulnerable, helpless people while he is in a state of intoxication. [para. 34]

Mr. Ipeelee was sentenced to six years' imprisonment for this offence to be followed by a 10-year LTSO.

[107] The offence that led to this appeal occurred in August 2008 after Mr. Ipeelee had been on release for 17 months. On this occasion, police found Mr. Ipeelee intoxicated in downtown Kingston and he was charged with breaching the abstention from intoxicants condition of his LTSO. He pled guilty on November 14, 2008, and received a sentence of three years in prison.

[105] Trois semaines après avoir bénéficié d'une mise en liberté anticipée relativement à cette dernière agression, il a commis une agression sexuelle. Un autre homme et lui ont alors violé une femme qui était inconsciente sous l'effet de l'alcool à l'occasion d'une fête. Il a plaidé coupable à une accusation d'agression sexuelle et il a été condamné à deux ans d'emprisonnement. Il a été condamné également à une peine consécutive de huit mois d'emprisonnement pour s'être évadé de prison deux jours avant l'audience relative au plaidoyer de culpabilité et à la détermination de la peine. Dans les six mois qui ont suivi sa mise en liberté relative à cette infraction, il a été arrêté au moins neuf fois pour s'être trouvé en état d'ébriété en public.

[106] Au mois d'août 1999, il a commis une agression sexuelle causant des lésions corporelles. Dans cette affaire, il a violé une femme sans abri en menaçant de la tuer et en lui donnant plusieurs coups de poing au visage. La victime a dû être amenée à l'hôpital pour faire soigner ses blessures. C'est ce crime qui est à l'origine de sa désignation à titre de délinquant à contrôler. À l'audience, le juge chargé de prononcer la peine a souligné (2001 NWTSC 33, [2001] N.W.T.J. No. 30 (QL)) :

[TRADUCTION] Ce résumé des crimes violents commis par M. Ipeelee démontre une tendance constante chez M. Ipeelee à commettre des actes de violence gratuite à l'endroit de personnes vulnérables et sans défense lorsqu'il est en état d'ivresse. [par. 34]

M. Ipeelee a été condamné à six ans d'emprisonnement, suivis d'une OSLD de 10 ans, pour cette infraction.

[107] L'infraction à l'origine du présent pourvoi a été commise au mois d'août 2008, alors que M. Ipeelee était en liberté depuis 17 mois. Cette fois-là, la police a vu M. Ipeelee ivre au centre-ville de Kingston et l'a accusé de défaut de se conformer à la condition de son OSLD lui interdisant de consommer des substances intoxicantes. Il a plaidé coupable le 14 novembre 2008 et a été condamné à trois ans d'emprisonnement.

B. Frank Ralph Ladue

[108] Frank Ladue is a member of the Ross River Dena Council, an Aboriginal community of approximately 500 individuals located 400 kilometres northeast of Whitehorse. He was born in 1962 and, like Mr. Ipeelee, suffered a tragic childhood, with both alcoholic parents dying while he was quite young. At the age of five, he was sent to a residential school and on his return, he lived with his grandparents. It was then, at the age of nine, that he began drinking. He has continued to have serious problems with alcohol and drugs throughout his life, with the exception of a six-year period of sobriety in the 1990s, a time when he was also free of convictions.

[109] Mr. Ladue has a criminal record of 40 convictions. It includes a lengthy list of property and impaired driving offences. He has two convictions for robbery, and two convictions for common assault. His most serious convictions stem from a series of sexual assaults. The first occurred in 1987 when he sexually assaulted an unconscious woman at a party. In 1998, he was convicted of breaking and entering. During the break and enter, he placed a sleeping bag over a sleeping woman's head and shoulders, but fled when her daughter interrupted him. Although he was not convicted of sexual assault, the sentencing judge at Mr. Ladue's 2003 hearing, where he was designated a long-term offender, found the incident "eerily similar" to the previous sexual assaults (2003 YKTC 100 (CanLII), at para. 7). In June of 1999, he was found guilty of sexually assaulting yet another unconscious woman. For the 1987 conviction, he was sentenced to imprisonment for 23 months, for the 1998 conviction 4 months and for the 1999 conviction 30 months.

[110] His most recent sexual assault occurred in 2002. On this occasion he entered a dwelling house

B. Frank Ralph Ladue

[108] Frank Ladue est membre du Conseil de la bande dénée de Ross River, une collectivité autochtone d'environ 500 habitants située à 400 kilomètres au nord-est de Whitehorse. Il est né en 1962 et, tout comme M. Ipeelee, il a vécu une enfance tragique, perdant ses deux parents alcooliques alors qu'il était très jeune. À l'âge de cinq ans, on l'a envoyé dans un pensionnat et, à son retour, il a vécu chez ses grands-parents. C'est à ce moment, soit à l'âge de neuf ans, qu'il a commencé à boire. Il a continué d'avoir un grave problème d'alcoolisme et de toxicomanie toute sa vie, sauf durant une période de six ans au cours des années 1990, où il est demeuré sobre et n'a été déclaré coupable d'aucune infraction.

[109] Quarante déclarations de culpabilité ont été inscrites contre M. Ladue. Son dossier renferme une longue liste d'infractions relatives aux biens et de conduite avec facultés affaiblies. Il compte deux déclarations de culpabilité pour vol et deux déclarations de culpabilité pour voies de fait simples. Ses déclarations de culpabilité les plus graves découlent d'une série d'agressions sexuelles. Il a commis sa première agression sexuelle en 1987, lorsqu'il a violé une femme inconsciente à l'occasion d'une fête. En 1998, il a été déclaré coupable d'introduction par effraction. Dans cette affaire, il avait placé un sac de couchage sur la tête et les épaules d'une femme qui dormait, mais il avait pris la fuite lorsque la fille de celle-ci l'avait interrompu. Bien qu'il n'ait pas été déclaré coupable d'agression sexuelle, le juge président l'audience de détermination de la peine lorsque M. Ladue a été déclaré délinquant à contrôler en 2003 a conclu que cet incident présentait une [TRADUCTION] « similarité inquiétante » avec les agressions sexuelles antérieures (2003 YKTC 100 (CanLII), par. 7). En juin 1999, il a été déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement une autre femme inconsciente. Ses déclarations de culpabilité de 1987, 1998 et 1999 lui ont valu, respectivement, des peines de 23 mois, 4 mois et 30 mois d'emprisonnement.

[110] Son agression sexuelle la plus récente remonte à 2002. Cette fois-là, il a pénétré dans une maison

without permission from the occupants and found a 22-year-old woman in the living room unconscious due to alcohol consumption. When she awoke, Mr. Ladue was assaulting her and attempting to remove her pants. She was unable to resist due to her intoxication, but the attack was interrupted when other residents of the house were awakened by what was happening and Mr. Ladue escaped from the home. He was convicted following a trial for break and enter and sexual assault and sentenced to three years' imprisonment. It was this offence that caused him to be found a long-term offender.

[111] Mr. Ladue was released under a seven-year LTSO in December 2006. During the time between his release and the breach in question in this appeal, he was convicted for breaching his LTSO by consuming intoxicants on three occasions and sentenced in total to two years in prison, with 16 and a half months credited for pre-sentence custody. On May 23, 2009, he had his LTSO suspended for the tenth time between December 2006 and May 2009 and remained in custody until August 12, 2009.

[112] Upon release he was designated by the Correctional Service of Canada ("CSC") to be sent to Linkage House in Kamloops, British Columbia, where he would receive culturally specific support from an Aboriginal Elder. However, an outstanding warrant requiring Mr. Ladue to submit to a DNA test was discovered at the time of his release. Apparently, due to a bureaucratic error, the warrant had not been executed during his period of detention and, according to counsel for Mr. Ladue in this Court, may have been altogether unnecessary, as a DNA sample may have been provided under a previous warrant. The warrant required that he appear in Surrey, B.C. This resulted in Mr. Ladue being sent to Belkin House, in downtown Vancouver, which did not offer the specialized support of Linkage House in Kamloops. Upon arrival, he was informed that his residency status did not allow an immediate transfer to Linkage House and that he would have to remain at Belkin House until the National Parole Board made the

d'habitation sans l'autorisation des occupants. Il a alors vu, dans le salon, une femme de 22 ans qui était inconsciente sous l'effet de l'alcool. À son réveil, la victime a constaté que M. Ladue l'agressait sexuellement et essayait de lui enlever son pantalon. Elle était incapable de se défendre en raison de son état d'ébriété, mais d'autres résidents de la maison ont été réveillés par ce qui se passait et M. Ladue s'est enfui. Il a été reconnu coupable d'introduction par effraction et d'agression sexuelle à l'issue d'un procès, et il a été condamné à trois ans d'emprisonnement. C'est cette infraction qui est à l'origine de sa désignation à titre de délinquant à contrôler.

[111] En décembre 2006, M. Ladue a été libéré dans le cadre d'une OSLD d'une durée de sept ans. Entre sa mise en liberté et le manquement en cause en l'espèce, il a été déclaré coupable à trois reprises de manquement à son OSLD parce qu'il avait consommé des substances intoxicantes. Il s'est vu infliger une peine totale de deux ans d'emprisonnement et les 16 mois et demi qu'il avait passés en détention présentencielle ont été portés à son actif. Le 23 mai 2009, son OSLD a été suspendue pour la dixième fois depuis décembre 2006 et il est resté en détention jusqu'au 12 août 2009.

[112] À sa mise en liberté, il était désigné par le Service correctionnel du Canada (« SCC ») pour être envoyé à la Linkage House, à Kamloops, en Colombie-Britannique, où il recevrait un soutien adapté à sa culture auprès d'un aîné autochtone. On a toutefois découvert au moment de sa mise en liberté qu'il faisait l'objet d'un mandat d'analyse génétique non exécuté. Le mandat n'aurait apparemment pas été exécuté au cours de sa détention en raison d'une erreur administrative et dont l'exécution n'était sans doute finalement pas nécessaire, selon l'avocat représentant M. Ladue devant la Cour, parce que son client avait peut-être déjà fourni un échantillon d'ADN en exécution d'un mandat antérieur. Selon le mandat, M. Ladue devait comparaître à Surrey, en Colombie-Britannique. M. Ladue a donc été envoyé à la Belkin House, au centre-ville de Vancouver, qui n'offrait pas le soutien spécialisé offert par la Linkage House à Kamloops. À son arrivée, on l'a informé que son statut ne permettait pas son transfert immédiat à une résidence comme

necessary change to his status. Within one week of his arrival at Belkin House, he reoffended and was subsequently charged with breaching his LTSO by consuming intoxicants. He pled guilty in February 2010 and received a sentence of three years in prison.

III. General Principles of Sentencing

[113] The statutory provisions referred to in these reasons are set out in the Appendix in full. Section 718 of the *Criminal Code* codifies the objectives and principles of sentencing. They apply to the sentencing of all offenders including long-term offenders who breach their LTSOs.

[114] I agree with Justice LeBel that a fundamental principle of sentencing must be proportionality and that the weight given to the different objectives of sentencing must respect that fundamental principle. The first question that arises in this case is how these objectives and principles are to be applied when a judge is required to fix a sentence for a long-term offender who has breached one or more conditions of his LTSO.

IV. Long-Term Offenders

[115] Section 753.1(1) of the *Criminal Code* sets out three criteria for finding an individual to be a long-term offender:

753.1 (1) The court may . . . find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

- (a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;
- (b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and
- (c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

la Linkage House et qu'il devrait rester à la Belkin House jusqu'à ce que la Commission nationale des libérations conditionnelles apporte les changements nécessaires à son statut. Moins d'une semaine après son arrivée à la Belkin House, il a récidivé et a ensuite été accusé de manquement à son OSLD, parce qu'il avait consommé des substances intoxicantes. Il a plaidé coupable en février 2010 et a été condamné à trois ans d'emprisonnement.

III. Les principes généraux de détermination de la peine

[113] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites intégralement dans l'annexe. L'article 718 du *Code criminel* codifie les objectifs et les principes de détermination de la peine. Ceux-ci s'appliquent à tous les délinquants, y compris aux délinquants à contrôler coupables d'un manquement à leur OSLD.

[114] Je suis d'accord avec le juge LeBel pour dire que la proportionnalité est un principe fondamental de détermination de la peine et que le poids accordé aux différents objectifs de détermination de la peine doit respecter ce principe fondamental. La première question à trancher en l'espèce est de savoir comment ces objectifs et principes doivent être appliqués lorsqu'un juge détermine quelle peine imposer à un délinquant à contrôler qui a manqué à une ou à plusieurs conditions de son OSLD.

IV. Les délinquants à contrôler

[115] Le paragraphe 753.1(1) du *Code criminel* énonce trois critères permettant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant à contrôler :

753.1 (1) . . . le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

- a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;
- b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;
- c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

[116] Section 753.1(1)(b) requires a finding that there be a substantial risk that the offender will reoffend. Section 753.1(2) provides the criteria for a finding of substantial risk of reoffending by the offender. The court must be satisfied that the offender has committed a specified sexual offence or a violent offence that involves a sexual element and a pattern of repetitious behaviour or previous conviction for a sexual offence, thereby showing a likelihood of causing death, injury, inflicting psychological damage, pain, or other evil in the future. The criminal history of these individuals and their propensity to reoffend demonstrates the extraordinary danger they pose to society.

V. Long-Term Supervision Orders

[117] The distinction between dangerous offenders, who are incarcerated indefinitely, and long-term offenders is the finding that there is a reasonable possibility for eventual control in the community of the long-term offender's substantial risk of reoffending. If the court finds an offender to be a long-term offender, it shall order that the offender be subject to long-term supervision for up to 10 years (s. 753.1(3)(b)), during which he or she is to be supervised in the community, by a parole supervisor (s. 753.2(1)). Thus, instead of indefinite detention, long-term offenders will return to the community under supervision and be subject to a series of conditions prescribed in s. 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, as may be modified or supplemented by the National Parole Board under s. 134.1(2) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("CCRA"). Section 134.1(2) provides that the conditions prescribed by the Board are to be reasonable and necessary for both the protection of society and the successful reintegration into society of the offender.

[116] Selon l'alinéa 753.1(1)(b), le tribunal doit conclure que le délinquant présente un risque élevé de récidive. Le paragraphe 753.1(2) énonce les critères applicables pour conclure à l'existence d'un risque élevé de récidive. Le tribunal doit être convaincu, d'une part, que le délinquant a commis une infraction sexuelle énumérée ou une infraction avec violence de nature sexuelle et, d'autre part, qu'il a accompli des actes répétitifs ou qu'il a antérieurement été déclaré coupable d'agression sexuelle, ce qui permet ainsi de croire que vraisemblablement il causera la mort de quelque autre personne ou causera des sévices, des dommages psychologiques ou d'autres maux à d'autres personnes. Les antécédents criminels de ces délinquants et leur propension à récidiver montrent le danger considérable qu'ils représentent pour la société.

V. Les ordonnances de surveillance de longue durée

[117] La distinction entre le délinquant dangereux, qui est incarcéré pour une période indéterminée, et le délinquant à contrôler est la conclusion du tribunal qu'il existe une possibilité réelle que le risque élevé de récidive du délinquant à contrôler puisse être maîtrisé au sein de la collectivité. S'il conclut qu'un délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal doit ordonner qu'il soit soumis à une surveillance d'une période maximale de 10 ans (al. 753.1(3)(b)), pendant laquelle il est surveillé au sein de la collectivité par un surveillant de liberté conditionnelle (par. 753.2(1)). Au lieu d'être incarcéré pour une période indéterminée, le délinquant à contrôler retourne donc dans la collectivité, où il est soumis à une surveillance et à une série de conditions prévues au par. 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, qui peuvent être modifiées ou complétées par la Commission nationale des libérations conditionnelles en vertu du par. 134.1(2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLSC »). Le paragraphe 134.1(2) prévoit que les conditions imposées par la Commission doivent être raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant.

[118] Section 100 of the *CCRA* states:

100. The purpose of conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens.

[119] Section 100 applies to all offenders, including long-term offenders. The maintenance of a just, peaceful and safe society is the purpose of a release with conditions. Decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate rehabilitation and reintegration into society are the means by which the purpose is to be effected. However, to achieve the purpose of conditional release, s. 101(a) of the *CCRA* states

that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case.

The principle of protection of society is, of course, especially important in the case of long-term offenders because of their substantial risk of violently reoffending.

[120] To this point, my only difference with Justice LeBel is that I read the relevant legislation as providing that protection of the public is the paramount consideration in setting the timing and conditions for release. I do not view rehabilitation and reintegration into society as an equal consideration. Rather, if the objectives of rehabilitation and reintegration are met, they will be the most effective and permanent methods to achieve the protection of the public. However, there is no guarantee that rehabilitation and reintegration will be achieved with long-term offenders in view of their history of repetitive sexual or violent behaviour. Therefore, in accordance with s. 101(a), protection of the public must stand as the paramount consideration in fixing the timing and conditions of release, especially in the case of long-term offenders, who pose a threat of serious violence and harm to other members of society.

[118] L'article 100 de la *LSCMLSC* est rédigé en ces termes :

100. La mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois.

[119] L'article 100 s'applique à tous les délinquants, y compris aux délinquants à contrôler. La mise en liberté sous condition vise le maintien d'une société juste, paisible et sûre. Le moyen choisi pour réaliser cet objectif est de favoriser, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants. Toutefois, l'al. 101(a) de la *LSCMLSC* prévoit que, pour atteindre l'objectif de la mise en liberté sous condition :

... la protection de la société est le critère déterminant dans tous les cas.

Le principe de la protection de la société est, bien entendu, particulièrement important dans le cas des délinquants à contrôler en raison de leur risque élevé de récidive violente.

[120] Jusqu'à présent, mon seul désaccord avec le juge LeBel est que, selon mon interprétation des dispositions législatives pertinentes, la protection du public constitue le critère déterminant pour la prise de décisions quant au moment et aux conditions de la mise en liberté. La réadaptation et la réinsertion sociale ne constituent pas, à mon avis, un critère équivalent. S'ils sont atteints, les objectifs de réadaptation et de réinsertion constitueront plutôt la façon la plus efficace et la plus durable d'assurer la protection du public. Cependant, rien ne garantit la réadaptation et la réinsertion d'un délinquant à contrôler, compte tenu de ses antécédents d'actes répétitifs d'inconduite sexuelle ou de violence. Par conséquent, conformément à l'al. 101(a), la protection du public doit constituer le critère déterminant lorsqu'il s'agit de fixer le moment et les conditions de la mise en liberté, plus particulièrement dans le cas des délinquants à contrôler, qui risquent de commettre des actes de violence graves et d'infliger des sévices graves à d'autres membres de la société.

VI. Breaches of Long-Term Supervision Orders

[121] Where I part serious company with my learned colleague is with respect to the proper approach to sentencing for breaches of an LTSO. In my respectful opinion, LeBel J. has not taken account of the difference between the objectives and requirements of LTSOs for long-term offenders who abide by the conditions of their LTSOs and the objectives and requirements of sentencing long-term offenders who have breached a condition of their LTSOs.

[122] The breach of the LTSO raises serious concerns that rehabilitation and reintegration are not being achieved and calls into doubt whether, despite supervision, the long-term offender has demonstrated that the substantial risk of reoffending in a violent manner in the community by the long-term offender can be adequately managed. Therefore, protection of society must be the dominant consideration in sentencing for breaches of an LTSO. Indeed, if protection of the public is the paramount consideration when setting the conditions of release, it logically must remain the paramount consideration when sentencing for a breach of those conditions.

[123] In this context, it is significant that s. 753.3(1) of the *Criminal Code* provides that a breach of an LTSO constitutes an indictable offence, as opposed to a hybrid offence, with a maximum sentence of 10 years. The maximum term is for the breach of the LTSO exclusively and is not dependent on the long-term offender having been found guilty of another substantive offence, violent or otherwise. The necessary implication is that Parliament viewed breaches of LTSOs as posing such risk to the protection of society that long-term offenders may have to be separated from society for a significant period of time. In effect, Parliament requires a sentencing judge not to wait until a long-term offender wounds, maims,

VI. Les manquements à une ordonnance de surveillance de longue durée

[121] Là où je diverge sérieusement d'opinion avec mon collègue, c'est relativement à la démarche à adopter pour déterminer la peine à imposer en cas de manquement à une OSLD. À mon humble avis, le juge LeBel n'a pas tenu compte de la différence entre, d'une part, les objectifs et les exigences des OSLD pour les délinquants à contrôler qui respectent les conditions de leur OSLD et, d'autre part, les objectifs et les exigences applicables dans la détermination de la peine à infliger aux délinquants à contrôler qui ont enfreint une condition de leur OSLD.

[122] Le défaut de se conformer à une telle ordonnance permet de douter sérieusement de la réalisation des objectifs de réadaptation et de réinsertion et soulève la question de savoir si, bien que sous surveillance, le délinquant à contrôler a démontré que le risque élevé de récidive violente qu'il représente au sein de la collectivité peut être maîtrisé adéquatement. La protection de la société doit donc être le critère dominant dans la détermination de la peine à infliger en cas de manquement à une OSLD. En fait, si elle constitue le critère déterminant dans l'établissement des conditions de la mise en liberté, la protection du public doit logiquement constituer le critère déterminant dans la détermination de la peine à infliger pour manquement à ces conditions.

[123] Dans ce contexte, il est important de souligner qu'aux termes du par. 753.3(1) du *Code criminel*, le défaut de se conformer à une OSLD constitue un acte criminel, et non une infraction mixte, et est punissable d'un emprisonnement maximal de 10 ans. Le seul défaut de se conformer à l'OSLD rend le délinquant à contrôler passible de cette peine maximale; il n'est pas nécessaire qu'il ait été déclaré coupable d'une autre infraction substantielle, violente ou autre, pour que cette peine puisse lui être imposée. Cela signifie nécessairement que, pour le législateur, les délinquants à contrôler qui font défaut de se conformer à une OSLD présentent un tel risque pour la protection de la société qu'ils peuvent devoir être isolés de la société pendant une

sexually assaults, or kills someone before receiving a significant sentence.

[124] Of course, while all conditions of an LTSO are intended to minimize the risk of reoffending, breach of some conditions will be more important than others. As Ritter J.A. pointed out in *R. v. W. (H.P.)*, 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20, at para. 44:

I also recognize that the seriousness of any breach will be greatly diminished if the breach is purely technical. For example, a breach regarding a reporting requirement should be regarded as nominal if the offender, for reasons beyond his control, was a few minutes late for a reporting appointment.

[125] On the other hand, where a breach is central to the substantial risk of reoffending, such as where alcohol or substance consumption has been found to be the trigger for violent offences by the long-term offender, the breach must be considered to be very serious. Such a breach demonstrates that management of the offender in the community has been less than effective and the substantial risk of a violent reoffence is heightened. Therefore, in sentencing for the breach of a condition of an LTSO, which is central to the risk of the long-term offender violently reoffending, the protection of the public, more so than the rehabilitation or reintegration of the offender, must be the dominant consideration of the sentencing judge in the determination of a fit and proper sentence.

VII. Sentencing Principles Applicable to Aboriginal Offenders

[126] I agree with LeBel J. that s. 718.2(e) requires a sentencing judge to consider background and systemic factors in crafting a sentence, and all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances for all offenders,

période assez longue. En effet, le législateur oblige le juge chargé d'infliger la peine à ne pas attendre que le délinquant à contrôler blesse, mutile, agresse sexuellement ou tue quelqu'un avant de lui imposer une lourde peine.

[124] Bien entendu, bien que toutes les conditions d'une OSLD visent à minimiser le risque de récidive, certains manquements seront plus importants que d'autres. Comme le juge Ritter, de la Cour d'appel de l'Alberta, l'a souligné dans l'arrêt *R. c. W. (H.P.)*, 2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20, par. 44 :

[TRADUCTION] Je reconnais également que la gravité du manquement sera grandement réduite s'il s'agit d'un manquement purement technique. À titre d'exemple, un manquement à l'obligation de se présenter à une autorité publique devrait être considéré comme mineur si le délinquant est arrivé quelques minutes en retard au rendez-vous pour des raisons indépendantes de sa volonté.

[125] Par contre, si le manquement concerne un élément central du risque élevé de récidive, par exemple lorsqu'il a été jugé que la consommation d'alcool ou de drogues amène le délinquant à contrôler à commettre des infractions avec violence, on doit considérer qu'il s'agit d'un manquement très grave. Un tel manquement démontre que la gestion du risque que le délinquant représente pour la société s'est révélée inefficace et que le risque élevé de récidive violente s'est accru. En conséquence, lorsqu'un juge est appelé à déterminer la peine à infliger pour défaut de se conformer à une condition d'une OSLD se rapportant à un élément central du risque de récidive violente du délinquant à contrôler, la protection du public — plus encore que la réadaptation ou la réinsertion du délinquant — doit constituer le critère dominant dans la détermination d'une peine juste et appropriée.

VII. Les principes de détermination de la peine applicables aux délinquants autochtones

[126] Je suis d'accord avec le juge LeBel pour dire que l'al. 718.2e) oblige le juge chargé de la détermination de la peine à tenir compte des facteurs historiques et systémiques, et de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées

with particular attention to Aboriginal offenders. These factors operate, not as an excuse or justification for criminal conduct, but rather as context for the sentencing judge to determine an appropriate sentence. They do not create a race-based discount in sentencing and do not mandate remedying overrepresentation by artificially reducing incarceration rates.

[127] Cory and Iacobucci JJ. pointed out in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 65, that sentencing judges have only a limited role in remedying injustice against Aboriginal peoples in Canada. This limited role, however, does not mean they do not have an important role. Sentencing judges must guard against racial discrimination in sentencing. I do not go so far as to endorse the academic commentary cited by my colleague, but I do agree that racial discrimination in sentencing, such as the propensity of Aboriginal offenders to receive unjustifiably longer sentences than non-Aboriginals or imprisonment when non-Aboriginals would not be imprisoned, is something for which sentencing judges must remain vigilant.

[128] The role of a sentencing judge in remedying such injustice may most effectively be carried out through alternative sentencing. However, this requires that they be presented with viable sentencing alternatives to imprisonment that may play a stronger role “in restoring a sense of balance to the offender, victim, and community, and in preventing future crime” (*Gladue*, at para. 65). As with all sentencing, this must be done with regard to the particular individual, the threat they pose, and their chances of rehabilitation and reintegration. Evaluating these options lies within the discretion of the sentencing judge.

dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. Ces facteurs constituent non pas une excuse ou une justification à la conduite criminelle, mais ils établissent plutôt le contexte permettant au juge d’infliger une peine appropriée. Ils ne créent pas une réduction de peine fondée sur la race et ils n’obligent pas les tribunaux à remédier au problème de la surreprésentation par une réduction artificielle des taux d’incarcération.

[127] Les juges Cory et Iacobucci ont souligné dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 65, que les juges chargés d’infliger les peines n’ont qu’un rôle limité à jouer dans le redressement des injustices subies par les Autochtones au Canada. Ce rôle limité n’en est pas moins important. Les juges doivent éviter toute discrimination raciale dans la détermination de la peine. Je n’irai pas jusqu’à souscrire au point de vue de l’auteur de doctrine cité par mon collègue. Je conviens toutefois que la discrimination raciale dans la détermination de la peine — comme la propension à infliger aux délinquants autochtones des peines plus longues que celles imposées aux délinquants non autochtones ou à les condamner à des peines d’emprisonnement dans des cas où des non-Autochtones ne seraient pas incarcérés — appelle la vigilance du juge chargé d’imposer la peine.

[128] C’est par l’imposition de sanctions substitutives que le juge chargé de prononcer la peine peut s’acquitter le plus efficacement de son rôle dans le redressement de telles injustices. Il faut toutefois pour cela qu’on lui propose des solutions de rechange à l’emprisonnement qui sont valables et qui permettent peut-être davantage « de restaurer un certain équilibre entre le délinquant, la victime et la collectivité, et de prévenir d’autres crimes » (*Gladue*, par. 65). Comme c’est toujours le cas en matière de détermination de la peine, il faut tenir compte, à cet égard, du délinquant en cause, du risque qu’il représente et de ses chances de réadaptation et de réinsertion. L’évaluation de ces solutions de rechange relève du pouvoir discrétionnaire du juge chargé d’infliger la peine.

VIII. The Application of Section 718.2(e) and Gladue to Long-Term Offenders

[129] The particular circumstances of long-term offenders leads me to disagree with my colleague when it comes to sentencing Aboriginal long-term offenders for breaches of conditions of their LTSOs. At para. 79 of *Gladue*, Cory and Iacobucci JJ. observed:

Generally, the more violent and serious the offence the more likely it is as a practical reality that the terms of imprisonment for aboriginals and non-aboriginals will be close to each other or the same, even taking into account their different concepts of sentencing.

I agree with LeBel J. that these comments are not to be read by sentencing judges as a justification not to apply s. 718.2(e) or to ignore the unique situation of Aboriginal offenders (paras. 84-85). But, in the context of s. 718.2(e), sentencing judges are obliged to exercise their discretion as to the appropriate sentence, having regard to all relevant considerations. Obviously, the substantial risk a long-term offender poses to the community is a relevant consideration in sentencing for the breach of an LTSO.

[130] I have set out my views above that in the case of long-term offenders, the paramount consideration is the protection of society. This applies to all long-term offenders, including Aboriginal long-term offenders who have compromised the management of their risk of reoffending by breaching a condition of their LTSOs. In these circumstances, the alternatives to imprisonment become very limited.

[131] I do not rule out alternatives. However, the alternative must be viable. The sentencing judge must be satisfied that they are consistent with protection of society. Alternatives may

VIII. L'application de l'al. 718.2e) et de l'arrêt Gladue aux délinquants à contrôler

[129] Eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les délinquants à contrôler, je ne partage pas l'avis de mon collègue en ce qui concerne la peine à infliger aux délinquants autochtones qui font défaut de se conformer à des conditions de leur OSLD. Au paragraphe 79 de l'arrêt *Gladue*, les juges Cory et Iacobucci ont fait observer :

De façon générale, plus violente et grave sera l'infraction, plus grande sera la probabilité que la durée des peines d'emprisonnement des autochtones et des non-autochtones soit en pratique proche ou identique, même compte tenu de leur conception différente de la détermination de la peine.

Je suis d'accord avec le juge LeBel pour dire que les juges chargés d'infliger les peines ne doivent pas interpréter ce passage comme une justification leur permettant de ne pas appliquer l'al. 718.2e) ou de ne tenir aucun compte de la situation particulière des délinquants autochtones (par. 84-85). Cependant, dans le contexte de l'al. 718.2e), les juges chargés d'infliger les peines sont tenus d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine appropriée, en tenant compte de tous les facteurs pertinents. Le risque élevé que le délinquant représente pour la société constitue de toute évidence un facteur pertinent dans la détermination de la peine à infliger pour défaut de se conformer à une OSLD.

[130] Comme je l'ai expliqué ci-dessus, je suis d'avis que le critère déterminant dans le cas des délinquants à contrôler est la protection de la société. Ce critère s'applique à tous délinquants à contrôler, y compris aux délinquants autochtones à contrôler qui ont compromis la gestion de leur risque de récidive en ne respectant pas une condition de leur OSLD. Dans ces circonstances, les solutions de rechange à l'emprisonnement sont très limitées.

[131] Je n'exclus pas les sanctions substitutives. Celles-ci doivent toutefois être valables. Le juge chargé d'infliger la peine doit être convaincu qu'elles sont compatibles avec la protection de la

include returning Aboriginal offenders to their communities. However, as in all cases, this must be done with protection of the public as the paramount concern; Aboriginal communities are not a separate category entitled to less protection because the offender is Aboriginal. Where the breach of an LTSO goes to the control of the Aboriginal offender in the community, rehabilitation and reintegration into society will have faltered, if not failed. In such a case, the sentencing judge may have no alternative but to separate the Aboriginal long-term offender from society for a significant period of time. Nevertheless, during the period of incarceration, the Aboriginal status of the long-term offender should be taken into account for the purpose of providing appropriate programs that are intended to rehabilitate the offender so that upon release, the substantial risk of reoffending may be controlled.

IX. Application

A. *Ipeelee*

[132] The sentencing judge, Justice Megginson, sentenced Mr. Ipeelee to three years' imprisonment ([2009] O.J. No. 6413 (QL)). The Court of Appeal upheld Justice Megginson's decision (2009 ONCA 892, 99 O.R. (3d) 419). The question is whether this is a fit and proper sentence.

[133] In my opinion, Justice Megginson's findings demonstrate a thorough appreciation of the circumstances. He considered Mr. Ipeelee's circumstances, his personal and criminal history, and his efforts at rehabilitation and reintegration while in the community. He acknowledged that Mr. Ipeelee was Inuit and entitled to consideration of his Aboriginal status. He noted that crafting an alternative sentence would be difficult, as Mr. Ipeelee had been refused residency at a facility in Iqaluit. In my view, he properly recognized that protection of the public was the paramount concern in breaches of LTSOs.

société. L'une des solutions de rechange possibles pourrait consister à renvoyer le délinquant autochtone dans sa collectivité. Cependant, comme c'est toujours le cas, le critère déterminant dans le choix de cette sanction doit demeurer la protection du public; les collectivités autochtones ne forment pas une catégorie distincte qui aurait droit à une protection moindre du fait que le délinquant est un Autochtone. Lorsque le manquement à une OSLD touche à la maîtrise du risque que représente le délinquant autochtone dans la collectivité, sa réadaptation et sa réinsertion sociale seront compromises, sinon condamnées à l'échec. En pareil cas, il se peut que le juge chargé d'infliger la peine n'ait d'autre choix que d'isoler le délinquant autochtone à contrôler de la société pendant une période assez longue. Durant la période d'incarcération, il faudrait néanmoins prendre en considération le statut d'Autochtone du délinquant à contrôler afin de lui offrir des programmes appropriés favorisant sa réadaptation, de sorte que le risque élevé de récidive qu'il présente puisse être maîtrisé au moment de sa libération.

IX. Application

A. *Ipeelee*

[132] Le juge Megginson a imposé à M. Ipeelee une peine d'emprisonnement de trois ans ([2009] O.J. No. 6413 (QL)). La Cour d'appel a confirmé la décision du juge Megginson (2009 ONCA 892, 99 O.R. (3d) 419). La question est de savoir s'il s'agit d'une peine juste et appropriée.

[133] À mon avis, les conclusions du juge Megginson témoignent d'un examen approfondi des circonstances. Il a pris en considération la situation de M. Ipeelee, son histoire personnelle et ses antécédents criminels, ainsi que ses efforts de réadaptation et de réinsertion pendant qu'il était dans la collectivité. Il a reconnu que M. Ipeelee était un Inuit et qu'il avait donc droit à ce qu'on prenne son statut d'Autochtone en considération. Il a souligné qu'il serait difficile d'établir une sanction substitutive, parce qu'on avait refusé à M. Ipeelee la résidence dans un établissement d'Iqaluit. À mon avis, il a reconnu à bon droit que la protection du public était le facteur déterminant en cas de manquement à une OSLD.

[134] LeBel J. finds at paras. 89 and 95 that in this appeal and in *Ladue*, the courts erred in concluding that rehabilitation was not a relevant factor in their sentencing decisions. I do not read their decisions or the decision of the Ontario Court of Appeal in that way. On my reading of those decisions, all judges considered the principle of rehabilitation in sentencing, only to ultimately find that it should play a small role given that Mr. Ipeelee and Mr. Ladue are long-term offenders and as both had breached conditions of their LTSOs.

[135] In *Ipeelee*, the Crown requested a sentence of three to five years, while Mr. Ipeelee requested a sentence not exceeding 12 months. Justice Megginson imposed a sentence of three years, at the low end of the range proposed by the Crown, which, in his opinion, adequately reflected Mr. Ipeelee's Aboriginal status and the mitigating effect of his guilty plea.

[136] Justice LeBel minimizes the significance of Mr. Ipeelee's breach because it only involved intoxication, not becoming intoxicated and engaging in violence. With respect, this ignores the basic fact that Mr. Ipeelee's intoxication is the precursor to his engaging in violence and it is the management of the high risk of a violent reoffence that has been compromised by his alcohol consumption.

[137] As a long-term offender, Mr. Ipeelee has been found to show a pattern of repetitive behaviour with a likelihood of causing death or physical or psychological injury or a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons in the future through failure to control his sexual impulses. His alcohol consumption is central to such behaviour. I emphasize that s. 753.3(1) provides that breach of an LTSO is an indictable offence with a maximum sentence of up to 10 years

[134] Le juge LeBel conclut, aux par. 89 et 95, que les tribunaux ont commis une erreur dans le présent dossier et dans l'affaire *Ladue* en statuant que la réadaptation ne constituait pas un facteur pertinent dans leur décision concernant la détermination de la peine. Je ne partage pas cette interprétation de leurs décisions et de celle de la Cour d'appel de l'Ontario. Après les avoir lues, j'estime que tous les juges ont pris en considération le principe de la réadaptation pour la détermination de la peine, mais qu'ils ont conclu en définitive que ce principe ne devait jouer qu'un rôle mineur étant donné que M. Ipeelee et M. Ladue étaient des délinquants à contrôler et qu'ils avaient tous deux violé les conditions de leur OSLD.

[135] Dans l'affaire *Ipeelee*, le ministère public a réclamé une peine de trois à cinq ans d'emprisonnement, alors que M. Ipeelee a demandé une peine d'au plus 12 mois d'emprisonnement. Le juge Megginson l'a condamné à trois ans d'emprisonnement, soit la peine la moins sévère proposée par le ministère public. Il était d'avis que cette peine tenait dûment compte du statut d'Autochtone de M. Ipeelee et de l'effet atténuant de son plaidoyer de culpabilité.

[136] Le juge LeBel minimise l'importance du manquement de M. Ipeelee parce qu'il s'est simplement enivré, sans commettre d'actes de violence alors qu'il était en état d'ébriété. Avec égards, ce point de vue ne tient pas du tout compte du fait fondamental que l'état d'ébriété de M. Ipeelee est l'élément précurseur de la perpétration par celui-ci d'actes de violence et que sa consommation d'alcool a compromis la gestion de son risque élevé de récidive violente.

[137] Si M. Ipeelee a été déclaré délinquant à contrôler, c'est qu'il a été établi soit qu'il avait accompli des actes répétitifs permettant de croire qu'il causerait vraisemblablement la mort de quelque autre personne, ou des sévices ou des dommages psychologiques à d'autres personnes, soit que son incapacité de maîtriser ses impulsions sexuelles laissait prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir des sévices ou autres maux à d'autres personnes. Sa consommation d'alcool est un élément

and no substantive offence, violent or otherwise, need have also been committed. Parliament obviously considered the breach of an LTSO, by itself, a serious offence. That is what the sentencing judge considered relevant, and I can find no fault in his so doing.

[138] The exercise of discretion by a sentencing judge is entitled to significant deference from an appellate court. Deference is appropriate as sentencing judges have important advantages over appellate courts in crafting a particular sentence. Those advantages were well set out by Lamer C.J. in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500:

A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the consequences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly. [para. 91]

[139] Lamer C.J. outlined the limited role of appellate courts in matters of sentencing:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only

essentiel de ces comportements. Je souligne que, selon le par. 753.3(1), le défaut de se conformer à une OSLD constitue un acte criminel punissable d'un emprisonnement maximal de 10 ans et qu'il n'est pas nécessaire qu'une infraction substantielle, violente ou autre, ait été commise pour que cette peine maximale soit imposée. De toute évidence, le défaut de se conformer à une OSLD constitue en soi une infraction grave pour le législateur. C'est ce que le juge ayant prononcé la peine a considéré pertinent et je ne vois rien d'erroné dans cette conclusion.

[138] La cour d'appel doit faire preuve d'une grande déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé d'infliger la peine. La déférence s'impose car ces juges jouissent d'avantages importants par rapport aux cours d'appel dans l'établissement d'une peine en particulier. Le juge en chef Lamer a bien décrit ces avantages dans l'arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 :

Le juge qui inflige la peine jouit d'un autre avantage par rapport au juge d'appel en ce qu'il peut apprécier directement les observations présentées par le ministère public et le contrevenant relativement à la détermination de la peine. Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera « juste et appropriée » pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine. [par. 91]

[139] Le juge en chef Lamer a décrit brièvement le rôle limité des cours d'appel en matière de détermination de la peine :

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une

intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. [*M. (C.A.)*, at para. 90]

[140] I find no error in principle, no failure to consider relevant factors or an overemphasis on the appropriate factors by Justice Megginson. I cannot say the sentence he imposed was demonstrably unfit. I would dismiss this appeal.

B. *Ladue*

[141] In this case, Judge Bagnall sentenced Mr. Ladue to three years' imprisonment (2010 BCPC 410 (CanLII)). The majority of the Court of Appeal reduced the three-year sentence to one year. Chiasson J.A., dissenting in the Court of Appeal, would have ordered a sentence of two years (2011 BCCA 101, 302 B.C.A.C. 93).

[142] The sentencing judge commented on Mr. Ladue's particular background. She quoted from his pre-sentence report which referenced his "horrible and tragic" experience in a residential school and commented on his bleak future (para. 22). She also referred to his appraisal report, which further documented his residential school experience and that he had been the victim of abuse.

[143] With regard to his LTSO, she observed that Mr. Ladue had been previously convicted three times for breaching the order by consuming intoxicants. She noted that he was initially scheduled to be released to Linkage House, in Kamloops, but, because of an outstanding DNA warrant, was sent to Belkin House in downtown Vancouver to have it attended to. She acknowledged Mr. Ladue's submission that being placed at Belkin House minimized his chance for successful rehabilitation, but did not accept it. She said that, upon arrival at Belkin House, he was warned not to associate with a particular offender, but did so and slipped almost immediately back into drug and alcohol use. He was given a second chance at Belkin House, but to no avail, and eventually admitted to using cocaine and morphine since his

cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. [*M. (C.A.)*, par. 90]

[140] À mon avis, le juge Megginson n'a commis aucune erreur de principe, n'a pas omis de prendre en considération des facteurs pertinents et n'a pas trop insisté sur les facteurs appropriés. Je ne peux pas dire que la peine infligée n'était manifestement pas indiquée. Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

B. *Ladue*

[141] Dans cette affaire, la juge Bagnall a condamné M. Ladue à trois ans d'emprisonnement (2010 BCPC 410 (CanLII)). La Cour d'appel à la majorité a réduit cette peine à un an d'emprisonnement. Dissident, le juge Chiasson aurait réduit la peine à deux ans d'emprisonnement (2011 BCCA 101, 302 B.C.A.C. 93).

[142] La juge de détermination de la peine a commenté l'histoire personnelle particulière de M. Ladue. Elle a cité des extraits de son rapport présentiel faisant état de son expérience [TRADUCTION] « horrible et tragique » dans un pensionnat et commenté son avenir sombre (par. 22). Elle a également fait référence à son rapport d'évaluation, qui rendait compte plus en détail de son expérience dans un pensionnat et des mauvais traitements qu'il avait subis.

[143] Elle a fait remarquer que M. Ladue avait été déclaré coupable à trois reprises de manquement à son OSLD parce qu'il avait consommé des substances intoxicantes. Elle a souligné qu'il devait au départ être envoyé à la Linkage House, à Kamloops, mais qu'en raison d'un mandat d'analyse génétique non exécuté, il avait été envoyé à la Belkin House, au centre-ville de Vancouver en vue de l'analyse génétique. Elle a pris acte de l'argument de M. Ladue selon lequel le fait de l'envoyer à la Belkin House réduisait au minimum ses chances de réadaptation, mais elle ne l'a pas accepté. Selon elle, malgré la mise en garde qui lui avait été faite à son arrivée à la Belkin House relativement à un détenu en particulier, il a fréquenté cette personne et ses problèmes de consommation de drogue et d'alcool sont presque immédiatement réapparus. On lui a

arrival. This led to the charge of breaching his LTSO.

[144] A community assessment report compiled by a parole officer in September 2009 for the benefit of the Kamloops Parole Office was critical of Mr. Ladue's placement at Belkin House.

[Mr. Ladue] desperately needs to get away from downtown Vancouver. He requires the onsite resources of an Elder and ceremony. He needs to get immediately in touch with a residential school trauma counsellor. . . .

. . .

The purpose of this report is to re-screen Mr. Ladue into Linkage House for potential residence while serving his Long-Term Supervision Order (LTSO). . . .

. . .

Mr. Wolkosky continues to believe Mr. Ladue could be managed at Linkage House. It is expected that Mr. Ladue's negative associates will not be located in the Kamloops region. Substance abuse is not tolerated at Linkage and consequences can be expected if this were to occur. Mr. Wolkosky feels CSC, JHS and RCMP can work together to assist Mr. Ladue with successful reintegration. [A.R., at pp. 139-40]

[145] An appraisal report dated September 2009 noted that Mr. Ladue had participated in Aboriginal programs to address "his need areas", but none were sufficient to address his risk. In the end, the report found that his "risk to the community is high and currently unmanageable" (A.R., at p. 136).

[146] The Crown sought a sentence of 18 months to two years. Mr. Ladue asked for a much shorter sentence. The sentencing judge found that the only way to protect the community, given Mr. Ladue's

donné une seconde chance à la Belkin House, mais en vain, et il a fini par reconnaître avoir consommé de la cocaïne et de la morphine depuis son arrivée. C'est ce qui a mené à l'inculpation de M. Ladue pour violation de son OSLD.

[144] En septembre 2009, un surveillant du bureau de libération conditionnelle de Kamloops a établi un rapport d'évaluation communautaire critiquant la décision de placer M. Ladue à la Belkin House.

[TRADUCTION] [M. Ladue] a désespérément besoin de s'éloigner du centre-ville de Vancouver. Il lui faut, sur place, le soutien d'un aîné et de cérémonies rituelles. Il doit immédiatement prendre contact avec un conseiller pour les victimes d'expériences traumatisantes dans les pensionnats. . . .

. . .

Le présent rapport vise à évaluer de nouveau M. Ladue en vue d'un placement possible à la Linkage House pendant la durée de son ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD). . . .

. . .

M. Wolkosky continue de croire que le risque que représente M. Ladue pourrait être maîtrisé à la Linkage House. On prévoit que M. Ladue ne retrouvera pas ses mauvaises fréquentations dans la région de Kamloops. La toxicomanie n'est pas tolérée à Linkage et les contrevenants peuvent s'attendre à se voir imposer des sanctions. M. Wolkosky estime que le SCC, la SJH et la GRC peuvent travailler en ensemble pour aider M. Ladue à réussir sa réadaptation. [d.a., p. 139-140]

[145] Dans un rapport d'évaluation daté de septembre 2009, on souligne que M. Ladue a participé à des programmes autochtones pour répondre [TRADUCTION] « à ses besoins », mais aucun de ces programmes n'a permis de maîtriser le risque qu'il représente. L'auteur du rapport conclut en définitive que le « risque pour la société est élevé et actuellement impossible à maîtriser » (d.a., p. 136).

[146] Le ministère public a réclamé une peine de 18 mois à deux ans d'emprisonnement. M. Ladue a proposé une peine beaucoup plus courte. Selon la juge de détermination de la peine, comme M. Ladue

high risk of reoffending sexually and moderate to high risk of reoffending violently, was to emphasize the objective of isolation. She found that in spite of successful completion of treatment, he was unable or unwilling to abstain from the consumption of intoxicants and that he was much more likely to reoffend in such circumstances. She noted that the indictable nature of the breach and the maximum sentence of 10 years indicate Parliament's view that this is a serious offence and that, even if Mr. Ladue did not commit a substantive offence, his breach was serious. The judge found the 18 to 24 month range recommended by the Crown inadequate and sentenced Mr. Ladue to three years' imprisonment.

[147] In reducing Mr. Ladue's sentence to one year, the majority of the Court of Appeal found that the sentencing judge did not give sufficient weight to the circumstances of Mr. Ladue as an Aboriginal offender, overemphasized the principle of separating the offender and gave insufficient weight to the principle of rehabilitation. The majority said that the sentencing judge did not give Mr. Ladue's Aboriginal heritage tangible consideration "which will often impact the length and type of sentence imposed. . . . There was nothing to indicate that [Mr. Ladue] had come close to engaging in the violent sexual behaviour. . . . [T]he role of rehabilitation will depend on the circumstances of the offender and is not dependent on his or her designation" (paras. 64, 68 and 71).

[148] The majority also observed that the corrections report found that Linkage House in Kamloops offered the best chance at rehabilitation for Mr. Ladue. However,

[b]ecause of a bureaucratic error, he was not sent there following his last release. Instead, he was sent to Belkin House, which placed him back into a milieu where he was sorely tempted by drugs. [para. 76]

présente un risque élevé de récidive sexuelle et un risque modéré à élevé de récidive violente, la seule façon de protéger la société était de privilégier l'objectif d'isolement. Elle a conclu que, bien qu'il ait terminé avec succès son traitement, il n'avait pas la capacité ou la volonté de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes et qu'il était donc très nettement susceptible de récidiver. Elle a souligné que le fait que le manquement en question constitue un acte criminel punissable d'un emprisonnement maximal de 10 ans montre qu'il s'agit pour le législateur d'une infraction grave; elle a ajouté que, bien que M. Ladue n'ait pas commis d'infraction substantielle, son manquement était grave. La juge a conclu que la fourchette de 18 à 24 mois d'emprisonnement recommandée par le ministère public était inappropriée et a condamné M. Ladue à trois ans d'emprisonnement.

[147] En réduisant la peine de M. Ladue à un an d'emprisonnement, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que la juge de détermination de la peine n'avait pas accordé suffisamment d'importance à la situation de M. Ladue en tant que délinquant autochtone, avait trop insisté sur le principe de l'isolement du délinquant et n'avait pas accordé de poids suffisant au principe de la réadaptation. Selon eux, la juge n'avait pas tenu compte concrètement de l'héritage autochtone de M. Ladue, [TRADUCTION] « qui aura souvent une incidence sur le type de peine imposée et sur sa durée. [. . .] Rien n'indiquait que [M. Ladue] ait failli se livrer à des actes d'inconduite sexuelle violente [. . .] [L]e rôle de la réadaptation dépendra de la situation du délinquant et non de sa désignation à titre de délinquant à contrôler » (par. 64, 68 et 71).

[148] Les juges majoritaires ont également fait remarquer que, selon le rapport des services correctionnels, c'est la Linkage House à Kamloops qui offrait à M. Ladue les meilleures chances de réadaptation. Cependant,

[TRADUCTION] [e]n raison d'une erreur administrative, il n'a pas été envoyé à cet endroit lors de sa dernière mise en liberté. On l'a plutôt envoyé à la Belkin House, soit un milieu où il a été fortement tenté de consommer des drogues. [par. 76]

[149] In the opinion of the majority, a one-year sentence would be enough time for Mr. Ladue to deal with his substance abuse problem and for the CSC to find an appropriate placement for him, preferably Linkage House or another halfway house which emphasizes Aboriginal culture and healing. They observed that his prior sentence for violation of his LTSO was based on time served on remand. An increase to three years was found to be excessive.

[150] In dissent, Chiasson J.A. was of the opinion that the sentencing judge did not err in her consideration of the Aboriginal circumstances of Mr. Ladue but did fail to recognize that his breach of condition did not lead him on a path of reoffending. He would have imposed a sentence of two years.

[151] I agree with Chiasson J.A. that Mr. Ladue's Aboriginal background was considered and weighed in the sentencing judge's decision. As I noted in the case of Mr. Ipeelee, it is not open to an appellate court to interfere with a sentence simply because it would have weighed the relevant factors differently. It is only when it can be said that the exercise of discretion was unreasonable that the appeal court may interfere with the sentence.

[152] While I do not entirely agree with the reasoning of the majority of the Court of Appeal, nonetheless, in my respectful opinion, there is another reason to agree with the one-year sentence they imposed.

[153] The distinguishing aspect of this case is what the Court of Appeal called the "bureaucratic error" (para. 76). Because of that error, Mr. Ladue was sent to Belkin House in downtown Vancouver rather than Linkage House in Kamloops. The sentencing judge does not appear to have considered that it was this error that caused Mr. Ladue to be sent to Belkin House, which apparently tolerates

[149] De l'avis des juges majoritaires, une peine de un an d'emprisonnement serait suffisante pour que M. Ladue réussisse à régler son problème de toxicomanie et pour que le SCC lui trouve un endroit approprié où rester, de préférence la Linkage House ou une autre maison de transition où l'accent est mis sur la culture autochtone et la guérison. Ils ont fait remarquer que sa peine précédente pour violation de l'OSLD était fondée sur le temps qu'il avait purgé en détention préventive. L'augmentation à trois ans d'emprisonnement a été jugée excessive.

[150] Selon le juge Chiasson, dissident, la juge de détermination de la peine n'avait pas commis d'erreur dans sa prise en compte du statut d'Autochtone de M. Ladue, mais elle avait omis de prendre en considération le fait que le manquement en cause n'avait pas amené M. Ladue à récidiver. Il aurait imposé une peine de deux ans d'emprisonnement.

[151] Je suis d'accord avec le juge Chiasson pour dire que la juge de détermination de la peine a pris en considération les origines autochtones de M. Ladue dans sa décision. Comme je l'ai souligné pour M. Ipeelee, la cour d'appel ne peut modifier une peine du simple fait qu'elle aurait évalué différemment les facteurs pertinents. La cour d'appel ne peut modifier la peine que s'il est possible d'affirmer que le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

[152] Bien que je ne souscrive pas entièrement au raisonnement des juges majoritaires de la Cour d'appel, il existe, à mon avis, un autre motif de confirmer leur décision d'imposer une peine d'emprisonnement de un an.

[153] L'aspect particulier de la présente affaire réside dans ce que la Cour d'appel a appelé une [TRADUCTION] « erreur administrative » (par. 76). En raison de cette erreur, M. Ladue a été envoyé à la Belkin House, au centre-ville de Vancouver, plutôt qu'à la Linkage House à Kamloops. La juge de détermination de la peine ne semble pas avoir pris en considération le fait que c'est cette erreur

serious drug abusers and does not provide programs for Aboriginal offenders.

[154] I do not absolve Mr. Ladue of responsibility for his own conduct. However, the CSC said that Linkage House was the appropriate location for Mr. Ladue. It was their error that caused him to be placed in an environment where, having regard to his known addiction, he was especially vulnerable to breaching his LTSO.

[155] The sentencing judge does not refer to the fact that the cause of Mr. Ladue being sent to Belkin House rather than Linkage House was a “bureaucratic error”. In my respectful opinion, she failed to take account of this relevant consideration. Due to no fault of his own and contrary to the recommended course of rehabilitation, Mr. Ladue was sent to a facility that placed him in harm’s way.

[156] Section 718.1 of the *Criminal Code* provides:

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

This is not a situation where the offender failed to take up an opportunity that the criminal justice system had given him to rehabilitate. Rather, the system’s bureaucratic error deprived him of that opportunity. The CSC must bear some “degree of responsibility” for Mr. Ladue’s breach.

[157] For the reasons that I have given, the sentencing judge did not err in focussing on protection of society as the paramount consideration in her sentencing decision. But this was a case where there was a realistic opportunity for rehabilitation that was denied Mr. Ladue by the system’s “bureaucratic error”. This relevant consideration was not taken into account by the sentencing judge. This failure meant that Mr. Ladue’s moral blameworthiness was not properly assessed (see *M. (C.A.)*, at para 79, and *R. v. Nasogaluak*, 2010

qui était à l’origine du transfert de M. Ladue à la Belkin House, qui tolère apparemment les grands toxicomanes et qui n’offre pas de programmes pour les délinquants autochtones.

[154] Je ne dégage pas M. Ladue de toute responsabilité pour sa propre conduite. Toutefois, le SCC a affirmé que la Linkage House était l’endroit approprié où envoyer M. Ladue. C’est à cause de son erreur qu’il a été envoyé dans un milieu où, étant donné sa dépendance connue, il était particulièrement susceptible de contrevenir à son OSLD.

[155] La juge de détermination de la peine n’a pas mentionné que le transfert de M. Ladue à la Belkin House plutôt qu’à la Linkage House résultait d’une « erreur administrative ». À mon humble avis, elle n’a pas tenu compte de cette considération pertinente. Sans aucune faute de sa part et contrairement à l’approche recommandée pour sa réadaptation, M. Ladue a été envoyé dans un établissement où il serait en péril.

[156] L’article 718.1 du *Code criminel* est rédigé en ces termes :

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

Il ne s’agit pas d’un cas où le délinquant ne s’est pas prévalu de la possibilité de réadaptation que lui offrait le système de justice pénale. L’erreur administrative commise l’a plutôt privé d’une telle possibilité. Il faut imputer un certain « degré de responsabilité » au SCC dans le manquement reproché à M. Ladue.

[157] Pour tous ces motifs, la juge de détermination de la peine n’a pas commis d’erreur en insistant sur la protection de la société qui constituait, selon elle, le critère déterminant dans sa décision. Toutefois, en l’espèce, M. Ladue a été privé d’une possibilité réaliste de réadaptation à cause d’une « erreur administrative ». La juge de détermination de la peine n’a pas tenu compte de cette considération pertinente. La culpabilité morale de M. Ladue n’a donc pas été évaluée correctement (voir *M. (C.A.)*, par. 79, et *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC

SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 42). In the circumstances and having regard to the fact that the CSC must bear some responsibility for Mr. Ladue's breach, I would agree with the result reached by the majority of the Court of Appeal and Justice LeBel and find that one year was a fit and proper sentence. I would dismiss this appeal.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,
 - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,

6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 42). Dans les circonstances, et étant donné que le SCC doit assumer une part de responsabilité dans le manquement reproché à M. Ladue, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel et le juge LeBel quant au résultat et je conclus qu'une peine d'emprisonnement de un an constitue une peine juste et appropriée. Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :
 - (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or common-law partner,

(ii.1) evidence that the offender, in committing the offence, abused a person under the age of eighteen years,

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim,

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization, or

(v) evidence that the offence was a terrorism offence

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

753.1 (1) The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

(a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;

(b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and

(c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

(2) The court shall be satisfied that there is a substantial risk that the offender will reoffend if

(a) the offender has been convicted of an offence under section 151 (sexual interference), 152

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son époux ou conjoint de fait,

(ii.1) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans,

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle;

(v) que l'infraction perpétrée par le délinquant est une infraction de terrorisme;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

753.1 (1) Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;

b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;

c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

(2) Le tribunal est convaincu que le délinquant présente un risque élevé de récidive si :

a) d'une part, celui-ci a été déclaré coupable d'une infraction visée aux articles 151 (contacts sexuels),

(invitation to sexual touching) or 153 (sexual exploitation), subsection 163.1(2) (making child pornography), subsection 163.1(3) (distribution, etc., of child pornography), subsection 163.1(4) (possession of child pornography), subsection 163.1(4.1) (accessing child pornography), section 172.1 (luring a child), subsection 173(2) (exposure) or section 271 (sexual assault), 272 (sexual assault with a weapon) or 273 (aggravated sexual assault), or has engaged in serious conduct of a sexual nature in the commission of another offence of which the offender has been convicted; and

(b) the offender

(i) has shown a pattern of repetitive behaviour, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, that shows a likelihood of the offender's causing death or injury to other persons or inflicting severe psychological damage on other persons, or

(ii) by conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which the offender has been convicted, has shown a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons in the future through similar offences.

(3) If the court finds an offender to be a long-term offender, it shall

(a) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted, which must be a minimum punishment of imprisonment for a term of two years; and

(b) order that the offender be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years.

753.2 (1) Subject to subsection (2), an offender who is subject to long-term supervision shall be supervised in the community in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act* when the offender has finished serving

(a) the sentence for the offence for which the offender has been convicted; and

(b) all other sentences for offences for which the offender is convicted and for which sentence of a term of imprisonment is imposed on the offender, either before or after the conviction for the offence referred to in paragraph (a).

152 (incitation à des contacts sexuels) ou 153 (exploitation sexuelle), aux paragraphes 163.1(2) (production de pornographie juvénile), 163.1(3) (distribution de pornographie juvénile), 163.1(4) (possession de pornographie juvénile) ou 163.1(4.1) (accès à la pornographie juvénile), à l'article 172.1 (leurre), au paragraphe 173(2) (exhibitionnisme) ou aux articles 271 (agression sexuelle), 272 (agression sexuelle armée) ou 273 (agression sexuelle grave), ou a commis un acte grave de nature sexuelle lors de la perpétration d'une autre infraction dont il a été déclaré coupable;

b) d'autre part :

(i) soit le délinquant a accompli des actes ré-pétitifs, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, qui permettent de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) soit sa conduite antérieure dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

(3) S'il déclare que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal lui inflige une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable et ordonne qu'il soit soumis, pour une période maximale de dix ans, à une surveillance de longue durée.

753.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le délinquant soumis à une surveillance de longue durée est surveillé au sein de la collectivité en conformité avec la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* lorsqu'il a terminé de purger :

a) d'une part, la peine imposée pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;

b) d'autre part, toutes autres peines d'emprisonnement imposées pour des infractions dont il est déclaré coupable avant ou après la déclaration de culpabilité pour l'infraction visée à l'alinéa a).

753.3 (1) An offender who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with long-term supervision is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620

161. (1) For the purposes of subsection 133(2) of the Act, every offender who is released on parole or statutory release is subject to the following conditions, namely, that the offender

- (a) on release, travel directly to the offender's place of residence, as set out in the release certificate respecting the offender, and report to the offender's parole supervisor immediately and thereafter as instructed by the parole supervisor;
- (b) remain at all times in Canada within the territorial boundaries fixed by the parole supervisor;
- (c) obey the law and keep the peace;
- (d) inform the parole supervisor immediately on arrest or on being questioned by the police;
- (e) at all times carry the release certificate and the identity card provided by the releasing authority and produce them on request for identification to any peace officer or parole supervisor;
- (f) report to the police if and as instructed by the parole supervisor;
- (g) advise the parole supervisor of the offender's address of residence on release and thereafter report immediately
 - (i) any change in the offender's address of residence,
 - (ii) any change in the offender's normal occupation, including employment, vocational or educational training and volunteer work,
 - (iii) any change in the domestic or financial situation of the offender and, on request of the parole supervisor, any change that the offender has knowledge of in the family situation of the offender, and
 - (iv) any change that may reasonably be expected to affect the offender's ability to

753.3 (1) Le délinquant qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de se conformer à la surveillance de longue durée à laquelle il est soumis est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620

161. (1) Pour l'application du paragraphe 133(2) de la Loi, les conditions de mise en liberté qui sont réputées avoir été imposées au délinquant dans tous les cas de libération conditionnelle ou d'office sont les suivantes :

- a) dès sa mise en liberté, le délinquant doit se rendre directement à sa résidence, dont l'adresse est indiquée sur son certificat de mise en liberté, se présenter immédiatement à son surveillant de liberté conditionnelle et se présenter ensuite à lui selon les directives de celui-ci;
- b) il doit rester à tout moment au Canada, dans les limites territoriales spécifiées par son surveillant;
- c) il doit respecter la loi et ne pas troubler l'ordre public;
- d) il doit informer immédiatement son surveillant en cas d'arrestation ou d'interrogatoire par la police;
- e) il doit porter sur lui à tout moment le certificat de mise en liberté et la carte d'identité que lui a remis l'autorité compétente et les présenter à tout agent de la paix ou surveillant de liberté conditionnelle qui lui en fait la demande à des fins d'identification;
- f) le cas échéant, il doit se présenter à la police, à la demande de son surveillant et selon ses directives;
- g) dès sa mise en liberté, il doit communiquer à son surveillant l'adresse de sa résidence, de même que l'informer sans délai de :
 - (i) tout changement de résidence,
 - (ii) tout changement d'occupation habituelle, notamment un changement d'emploi rémunéré ou bénévole ou un changement de cours de formation,
 - (iii) tout changement dans sa situation domestique ou financière et, sur demande de son surveillant, tout changement dont il est au courant concernant sa famille,
 - (iv) tout changement qui, selon ce qui peut être raisonnablement prévu, pourrait affecter sa capacité de respecter les

comply with the conditions of parole or statutory release;

(h) not own, possess or have the control of any weapon, as defined in section 2 of the *Criminal Code*, except as authorized by the parole supervisor; and

(i) in respect of an offender released on day parole, on completion of the day parole, return to the penitentiary from which the offender was released on the date and at the time provided for in the release certificate.

(2) For the purposes of subsection 133(2) of the Act, every offender who is released on unescorted temporary absence is subject to the following conditions, namely, that the offender

(a) on release, travel directly to the destination set out in the absence permit respecting the offender, report to a parole supervisor as directed by the releasing authority and follow the release plan approved by the releasing authority;

(b) remain in Canada within the territorial boundaries fixed by the parole supervisor for the duration of the absence;

(c) obey the law and keep the peace;

(d) inform the parole supervisor immediately on arrest or on being questioned by the police;

(e) at all times carry the absence permit and the identity card provided by the releasing authority and produce them on request for identification to any peace officer or parole supervisor;

(f) report to the police if and as instructed by the releasing authority;

(g) return to the penitentiary from which the offender was released on the date and at the time provided for in the absence permit;

(h) not own, possess or have the control of any weapon, as defined in section 2 of the *Criminal Code*, except as authorized by the parole supervisor.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20

3. The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

conditions de sa libération conditionnelle ou d'office;

h) il ne doit pas être en possession d'arme, au sens de l'article 2 du *Code criminel*, ni en avoir le contrôle ou la propriété, sauf avec l'autorisation de son surveillant;

i) s'il est en semi-liberté, il doit, dès la fin de sa période de semi-liberté, réintégrer le pénitencier d'où il a été mis en liberté à l'heure et à la date inscrites à son certificat de mise en liberté.

(2) Pour l'application du paragraphe 133(2) de la Loi, les conditions de mise en liberté qui sont réputées avoir été imposées au délinquant dans tous les cas de permission de sortir sans surveillance sont les suivantes :

a) dès sa mise en liberté, le délinquant doit se rendre directement au lieu indiqué sur son permis de sortie, se présenter à son surveillant de liberté conditionnelle selon les directives de l'autorité compétente et suivre le plan de sortie approuvé par elle;

b) il doit rester au Canada, dans les limites territoriales spécifiées par son surveillant pendant toute la durée de la sortie;

c) il doit respecter la loi et ne pas troubler l'ordre public;

d) il doit informer immédiatement son surveillant en cas d'arrestation ou d'interrogatoire par la police;

e) il doit porter sur lui à tout moment le permis de sortie et la carte d'identité que lui a remis l'autorité compétente et les présenter à tout agent de la paix ou surveillant de liberté conditionnelle qui lui en fait la demande à des fins d'identification;

f) le cas échéant, il doit se présenter à la police, à la demande de l'autorité compétente et selon ses directives;

g) il doit réintégrer le pénitencier d'où il a été mis en liberté à l'heure et à la date inscrites à ce permis;

h) il ne doit pas être en possession d'arme, au sens de l'article 2 du *Code criminel*, ni en avoir le contrôle ou la propriété, sauf avec l'autorisation de son surveillant.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20

3. Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

4. The principles that shall guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are

(a) that the protection of society be the paramount consideration in the corrections process;

(b) that the sentence be carried out having regard to all relevant available information, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge, other information from the trial or sentencing process, the release policies of, and any comments from, the National Parole Board, and information obtained from victims and offenders;

(c) that the Service enhance its effectiveness and openness through the timely exchange of relevant information with other components of the criminal justice system, and through communication about its correctional policies and programs to offenders, victims and the public;

(d) that the Service use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders;

(e) that offenders retain the rights and privileges of all members of society, except those rights and privileges that are necessarily removed or restricted as a consequence of the sentence;

(f) that the Service facilitate the involvement of members of the public in matters relating to the operations of the Service;

(g) that correctional decisions be made in a forthright and fair manner, with access by the offender to an effective grievance procedure;

(h) that correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and be responsive to the special needs of women and aboriginal peoples, as well as to the needs of other groups of offenders with special requirements;

des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

4. Le Service est guidé, dans l'exécution de ce mandat, par les principes qui suivent :

a) la protection de la société est le critère prépondérant lors de l'application du processus correctionnel;

b) l'exécution de la peine tient compte de toute information pertinente dont le Service dispose, notamment des motifs et recommandations donnés par le juge qui l'a prononcée, des renseignements obtenus au cours du procès ou dans la détermination de la peine ou fournis par les victimes et les délinquants, ainsi que des directives ou observations de la Commission nationale des libérations conditionnelles en ce qui touche la libération;

c) il accroît son efficacité et sa transparence par l'échange, au moment opportun, de renseignements utiles avec les autres éléments du système de justice pénale ainsi que par la communication de ses directives d'orientation générale et programmes correctionnels tant aux délinquants et aux victimes qu'au grand public;

d) les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être les moins restrictives possible;

e) le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée;

f) il facilite la participation du public aux questions relatives à ses activités;

g) ses décisions doivent être claires et équitables, les délinquants ayant accès à des mécanismes efficaces de règlement de griefs;

h) ses directives d'orientation générale, programmes et méthodes respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones et à d'autres groupes particuliers;

(i) that offenders are expected to obey penitentiary rules and conditions governing temporary absence, work release, parole and statutory release, and to actively participate in programs designed to promote their rehabilitation and reintegration; and

(j) that staff members be properly selected and trained, and be given

(i) appropriate career development opportunities,

(ii) good working conditions, including a workplace environment that is free of practices that undermine a person's sense of personal dignity, and

(iii) opportunities to participate in the development of correctional policies and programs.

100. The purpose of conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens.

101. The principles that shall guide the Board and the provincial parole boards in achieving the purpose of conditional release are

(a) that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case;

(b) that parole boards take into consideration all available information that is relevant to a case, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge, any other information from the trial or the sentencing hearing, information and assessments provided by correctional authorities, and information obtained from victims and the offender;

(c) that parole boards enhance their effectiveness and openness through the timely exchange of relevant information with other components of the criminal justice system and through communication of their policies and programs to offenders, victims and the general public;

(d) that parole boards make the least restrictive determination consistent with the protection of society;

(e) that parole boards adopt and be guided by appropriate policies and that their members be

i) il est attendu que les délinquants observent les règlements pénitentiaires et les conditions d'octroi des permissions de sortir, des placements à l'extérieur et des libérations conditionnelles ou d'office et qu'ils participent aux programmes favorisant leur réadaptation et leur réinsertion sociale;

j) il veille au bon recrutement et à la bonne formation de ses agents, leur offre de bonnes conditions de travail dans un milieu exempt de pratiques portant atteinte à la dignité humaine, un plan de carrière avec la possibilité de se perfectionner ainsi que l'occasion de participer à l'élaboration des directives d'orientation générale et programmes correctionnels.

100. La mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois.

101. La Commission et les commissions provinciales sont guidées dans l'exécution de leur mandat par les principes qui suivent :

a) la protection de la société est le critère déterminant dans tous les cas;

b) elles doivent tenir compte de toute l'information pertinente disponible, notamment les motifs et les recommandations du juge qui a infligé la peine, les renseignements disponibles lors du procès ou de la détermination de la peine, ceux qui ont été obtenus des victimes et des délinquants, ainsi que les renseignements et évaluations fournis par les autorités correctionnelles;

c) elles accroissent leur efficacité et leur transparence par l'échange de renseignements utiles au moment opportun avec les autres éléments du système de justice pénale d'une part, et par la communication de leurs directives d'orientation générale et programmes tant aux délinquants et aux victimes qu'au public, d'autre part;

d) le règlement des cas doit, compte tenu de la protection de la société, être le moins restrictif possible;

e) elles s'inspirent des directives d'orientation générale qui leur sont remises et leurs membres doivent

provided with the training necessary to implement those policies; and

(f) that offenders be provided with relevant information, reasons for decisions and access to the review of decisions in order to ensure a fair and understandable conditional release process.

134.1 (1) Subject to subsection (4), every offender who is required to be supervised by a long-term supervision order is subject to the conditions prescribed by subsection 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, with such modifications as the circumstances require.

(2) The Board may establish conditions for the long-term supervision of the offender that it considers reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful reintegration into society of the offender.

(3) A condition imposed under subsection (2) is valid for the period that the Board specifies.

(4) The Board may, in accordance with the regulations, at any time during the long-term supervision of an offender,

(a) in respect of conditions referred to in subsection (1), relieve the offender from compliance with any such condition or vary the application to the offender of any such condition; or

(b) in respect of conditions imposed under subsection (2), remove or vary any such condition.

134.2 (1) An offender who is supervised pursuant to a long-term supervision order shall comply with any instructions given by a member of the Board or a person designated, by name or by position, by the Chairperson of the Board or by the Commissioner, or given by the offender's parole supervisor, respecting any conditions of long-term supervision in order to prevent a breach of any condition or to protect society.

(2) In this section, "parole supervisor" means

(a) a staff member as defined in subsection 2(1); or

(b) a person entrusted by the Service with the guidance and supervision of an offender who is required to be supervised by a long-term supervision order.

Appeal 33650 allowed, ROTHSTEIN J. dissenting. Appeal 34245 dismissed.

recevoir la formation nécessaire à la mise en œuvre de ces directives;

f) de manière à assurer l'équité et la clarté du processus, les autorités doivent donner aux délinquants les motifs des décisions, ainsi que tous autres renseignements pertinents, et la possibilité de les faire réviser.

134.1 (1) Sous réserve du paragraphe (4), les conditions prévus par le paragraphe 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au délinquant surveillé aux termes d'une ordonnance de surveillance de longue durée.

(2) La Commission peut imposer au délinquant les conditions de surveillance qu'elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant.

(3) Les conditions imposées par la Commission en vertu du paragraphe (2) sont valables pendant la période qu'elle fixe.

(4) La Commission peut, conformément aux règlements, soustraire le délinquant, au cours de la période de surveillance, à l'application de l'une ou l'autre des conditions visées au paragraphe (1), ou modifier ou annuler l'une de celles visées au paragraphe (2).

134.2 (1) Le délinquant qui est surveillé aux termes d'une ordonnance de surveillance de longue durée doit observer les consignes que lui donne son surveillant de liberté conditionnelle, un membre de la Commission ou la personne que le président ou le commissaire désigne nommément ou par indication de son poste en vue de prévenir la violation des conditions imposées ou de protéger la société.

(2) Au présent article, « surveillant de liberté conditionnelle » s'entend d'un agent au sens du paragraphe 2(1) ou d'une personne chargée par le Service d'orienter et de surveiller le délinquant soumis à une ordonnance de surveillance de longue durée.

Pourvoi 33650 accueilli, le juge ROTHSTEIN est dissident. Pourvoi 34245 rejeté.

Solicitor for the appellant Manasie Ipeelee: Fergus J. (Chip) O'Connor, Kingston.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Iqaluit.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent Frank Ralph Ladue: Myers, McMurdo & Karp, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: University of Toronto, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan, Toronto.

Procureur de l'appellant Manasie Ipeelee : Fergus J. (Chip) O'Connor, Kingston.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Iqaluit.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Frank Ralph Ladue : Myers, McMurdo & Karp, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : University of Toronto, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Ruby Shiller Chan, Toronto.

**St. Michael Trust Corp., as Trustee of the
Fundy Settlement** *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

**St. Michael Trust Corp., as Trustee of
the Summersby Settlement** *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

**INDEXED AS: FUNDY SETTLEMENT v. CANADA
2012 SCC 14**

File Nos.: 34056, 34057.

2012: March 13; 2012: April 12.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein,
Moldaver and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Taxation — Income tax — Trusts — Residence — Trusts held by corporation resident in Barbados — Beneficiaries of trusts resident in Canada — Central management and control of trusts carried out by main trust beneficiaries in Canada — Trustee seeking return of amounts withheld on account of Canadian tax from capital gains realized by trusts on sale of shares in Canada — Whether trusts are resident in Canada for taxation purposes.

Held: The appeals should be dismissed.

The principal basis for imposing income tax in Canada is residency. As with corporations, the residence of a trust should be determined by the principle that a trust resides for the purposes of the *Income Tax Act* where its real business is carried on, which is where the central management and control of the trust actually takes place. The residence of the trust is not always

**St. Michael Trust Corp., en sa qualité de
fiduciaire de Fundy Settlement** *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

**St. Michael Trust Corp., en sa
qualité de fiduciaire de Summersby
Settlement** *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : FUNDY SETTLEMENT c. CANADA
2012 CSC 14**

N^{os} du greffe : 34056, 34057.

2012 : 13 mars; 2012 : 12 avril.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella,
Rothstein, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Fiducies — Résidence — Fiducies détenues par une société résidente de la Barbade — Bénéficiaires des fiducies résidents du Canada — Gestion centrale et contrôle des fiducies exercés au Canada par les bénéficiaires principaux des fiducies — Demande présentée par la fiduciaire en vue d'obtenir le remboursement des sommes versées au titre de l'impôt canadien retenu sur les gains en capital réalisés par les fiducies à l'occasion de la vente d'actions au Canada — Ces fiducies sont-elles des résidents du Canada pour les besoins de l'impôt sur le revenu?

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Le lieu de résidence constitue le fondement principal de l'imposition du revenu au Canada. Tout comme dans le cas des sociétés, il faut déterminer le lieu de résidence d'une fiducie sur la base du principe selon lequel, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une fiducie réside là où sont exercées ses activités véritables, c'est-à-dire l'endroit où s'exercent effectivement sa gestion

that of the trustee. It will be so where the trustee carries out the central management and control of the trust where the trustee is resident. Here, however, the trusts are resident in Canada, since the central management and control of the trusts was exercised by the main beneficiaries in Canada and the trustee's limited role was to provide administrative services and it had little or no responsibility beyond that.

Cases Cited

Referred to: *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe*, [1906] A.C. 455; *The King v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1945] C.T.C. 162; *Crossley Carpets (Canada) Ltd. v. M.N.R.* (1967), 67 D.T.C. 522; *Unit Construction Co. v. Bullock*, [1960] A.C. 351.

Statutes and Regulations Cited

Canada-Barbados Income Tax Agreement Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, s. 25.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 2(1), 94, 104(1), (2), 245.

Treaties and Other International Instruments

Agreement Between Canada and Barbados for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital, Can. T.S. 1980 No. 29.

Authors Cited

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Income Tax Law*. Toronto: Carswell, 2009.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Sharlow and Stratas J.J.A.), 2010 FCA 309, 411 N.R. 125, [2011] 2 C.T.C. 7, 2010 D.T.C. 5189, 61 E.T.R. (3d) 168, [2010] F.C.J. No. 1457 (QL), 2010 CarswellNat 4259 (*sub nom. St. Michael Trust Corp. v. Minister of National Revenue; Garron Family Trust v. The Queen*), affirming a decision of Woods J., 2009 TCC 450, [2010] 2 C.T.C. 2346, 2009 D.T.C. 1287, 50 E.T.R. (3d) 241, [2009] T.C.J. No. 345 (QL), 2009 CarswellNat 2600 (*sub nom. Garron Family Trust v. The Queen*). Appeals dismissed.

Douglas H. Mathew, Matthew G. Williams and Mark A. Barbour, for the appellants.

centrale et son contrôle. Le lieu de résidence de la fiducie ne correspond pas toujours à celui du fiduciaire. Ce sera le cas lorsque le fiduciaire exerce la gestion centrale et le contrôle de la fiducie là où il est résident. En l'espèce, toutefois, les fiducies sont des résidents du Canada, étant donné que les bénéficiaires principaux exerçaient la gestion centrale et le contrôle des fiducies au Canada et que la fiduciaire ne jouait qu'un rôle limité — prestation de services administratifs — et n'assumait que peu ou pas d'autres responsabilités.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *De Beers Consolidated Mines, Ltd. c. Howe*, [1906] A.C. 455; *The King c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1945] C.T.C. 162; *Crossley Carpets (Canada) Ltd. c. M.N.R.* (1967), 67 D.T.C. 522; *Unit Construction Co. c. Bullock*, [1960] A.C. 351.

Lois et règlements cités

Loi de 1980 sur l'Accord Canada-Barbade en matière d'impôt sur le revenu, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, art. 25.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 2(1), 94, 104(1), (2), 245.

Traités et autres instruments internationaux

Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, R.T. Can. 1980 n^o 29.

Doctrine et autres documents cités

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Income Tax Law*. Toronto : Carswell, 2009.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Sharlow et Stratas), 2010 CAF 309, 411 N.R. 125, [2011] 2 C.T.C. 7, 2010 D.T.C. 5189, 61 E.T.R. (3d) 168, [2010] A.C.F. n^o 1457 (QL), 2010 CarswellNat 5521 (*sub nom. St. Michael Trust Corp. c. Minister of National Revenue; Fiducie familiale Garron c. La Reine*), qui a confirmé une décision de la juge Woods, 2009 CCI 450, [2010] 2 C.T.C. 2346, 2009 D.T.C. 1287, 50 E.T.R. (3d) 241, [2009] A.C.I. n^o 345 (QL), 2009 CarswellNat 5415 (*sub nom. Fiducie familiale Garron c. La Reine*). Pourvois rejetés.

Douglas H. Mathew, Matthew G. Williams et Mark A. Barbour, pour les appelantes.

Anne M. Turley and Daniel Bourgeois, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — St. Michael Trust Corp. (“St. Michael”) is the trustee of two trusts, the Fundy Settlement and the Summersby Settlement. The trusts were settled by an individual resident in St. Vincent in the Caribbean. The beneficiaries are residents of Canada. St. Michael is a corporation resident in Barbados.

[2] When the trusts disposed of shares they owned in two Ontario corporations, the purchaser remitted some \$152 million to the Minister of National Revenue as withholding tax on account of Canadian tax from capital gains realized by the trusts on the sale of the shares.

[3] St. Michael sought return of the withheld amount based on an exemption from Canadian capital gains tax under the *Agreement Between Canada and Barbados for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 1980 No. 29 (incorporated into Canadian law by the *Canada-Barbados Income Tax Agreement Act, 1980*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, s. 25). Under the treaty, tax would only be payable in the country in which the seller was resident. St. Michael claimed that because it was resident in Barbados, the trusts were resident in Barbados. As a result, there would be no basis for withholding tax in Canada.

[4] The Minister of National Revenue was of the opinion that the trusts were resident in Canada and that the withheld tax was properly payable.

[5] St. Michael’s appeal from the Minister’s reassessment to the Tax Court of Canada was unsuccessful (2009 TCC 450, [2010] 2 C.T.C. 2346), as was its further appeal to the Federal Court of Appeal (2010 FCA 309, 411 N.R. 125). It was granted leave to appeal to this Court.

Anne M. Turley et Daniel Bourgeois, pour l’intimée.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — St. Michael Trust Corp. (« St. Michael ») est fiduciaire de deux fiducies, Fundy Settlement et Summersby Settlement (les « fiducies en cause »). Ces dernières ont été constituées par un particulier résidant à Saint-Vincent, dans les Antilles. Les bénéficiaires sont des résidents du Canada. Pour sa part, St. Michael est une société résidant à la Barbade.

[2] Lorsque les fiducies en cause ont disposé des actions qu’elles détenaient dans deux sociétés ontariennes, l’acheteur a versé quelque 152 millions de dollars au ministre du Revenu national au titre de l’impôt canadien retenu sur les gains en capital réalisés par les fiducies en cause à l’occasion de la vente des actions.

[3] St. Michael a demandé le remboursement de la somme ainsi retenue, invoquant l’exonération de l’impôt canadien sur les gains en capital prévue par l’*Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 1980 n° 29 (incorporé au droit canadien par la *Loi de 1980 sur l’Accord Canada-Barbade en matière d’impôt sur le revenu*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 44, art. 25). Selon le traité, l’impôt n’est payable que dans le pays où réside le vendeur. St. Michael a prétendu que, comme elle est un résident de la Barbade, les fiducies en cause y résident également. Par conséquent, rien ne justifierait une retenue d’impôt au Canada.

[4] De l’avis du ministre du Revenu national, les fiducies en cause sont des résidents du Canada et l’impôt retenu était à bon droit payable.

[5] Les appels interjetés par St. Michael contre la nouvelle cotisation du ministre à la Cour canadienne de l’impôt d’abord (2009 CC1 450 (CanLII)), puis à la Cour d’appel fédérale (2010 CAF 309 (CanLII)), ont été rejetés. St. Michael a par la suite obtenu l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

[6] The issue in this case is the residence of the Fundy and Summersby trusts. St. Michael says the residence of the trusts is the residence of the trustee, which is Barbados. The Minister says the trusts are resident in Canada because the central management and control of the trusts was carried out by the main beneficiaries, who were resident in Canada. On the facts as determined by Woods J., the Tax Court judge, St. Michael is resident in Barbados while the central management and control of the trusts was carried out in Canada by the main beneficiaries of the trusts.

[7] As Sharlow J.A. in the Federal Court of Appeal explained, the principal basis for imposing income tax in Canada is residency (para. 52). Professor V. Krishna in *The Fundamentals of Income Tax Law* (2009), noted, at p. 85, that the policy reason for this is to ensure that a person who enjoys the legal, political and economic benefits of associating with Canada will pay their appropriate share for the costs of this association. For an individual, factors such as nationality, physical presence, location of family home and social connections, among others, will be considered in determining residence. While the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the “Act”), contains certain deeming rules with respect to residency, generally residence is a question of fact.

[8] While there is a dearth of judicial authority on the question of the residency of a trust, the residency of a corporation has been determined to be where its central management and control actually abides. In *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe*, [1906] A.C. 455 (H.L.), Lord Loreburn stated, at p. 458:

In applying the conception of residence to a company, we ought, I think, to proceed as nearly as we can upon the analogy of an individual. A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business. . . . [A] company resides for purposes

[6] La question en litige est le lieu de résidence des fiducies en cause. St. Michael affirme que ces dernières résident au même endroit qu’elle, en l’occurrence la Barbade. Pour sa part, le ministre prétend que les fiducies en cause résident au Canada, parce que leur gestion centrale et leur contrôle sont exercés par les bénéficiaires principaux, qui sont des résidents du Canada. Suivant les faits constatés par la juge Woods de la Cour canadienne de l’impôt, St. Michael est résidente de la Barbade alors que la gestion centrale et le contrôle des fiducies en cause sont exercés au Canada par les bénéficiaires principaux de celles-ci.

[7] Comme l’a expliqué la juge Sharlow de la Cour d’appel fédérale, le lieu de résidence constitue le fondement principal de l’imposition du revenu au Canada (par. 52). Dans *The Fundamentals of Income Tax Law* (2009), p. 85, le professeur V. Krishna souligne que la considération d’intérêt général à la base de ce principe est de faire en sorte que les personnes qui jouissent des avantages juridiques, politiques et économiques découlant de leur association avec le Canada paient leur juste part des coûts de cette association. Dans le cas des particuliers, un certain nombre de facteurs, entre autres la nationalité, la présence physique, le lieu du domicile familial et les relations sociales, sont pris en considération pour déterminer leur lieu de résidence. Quoique la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (la « Loi », contienne certaines présomptions quant au lieu de résidence, le lieu de résidence la détermination de celui-ci demeure généralement une question de fait.

[8] Bien qu’il existe peu de décisions judiciaires sur le lieu de résidence des fiducies, il a par contre été établi qu’une société réside là où s’exercent effectivement sa gestion centrale et son contrôle. Dans *De Beers Consolidated Mines, Ltd. c. Howe*, [1906] A.C. 455 (H.L.), lord Loreburn a dit ceci, à la p. 458 :

[TRADUCTION] En appliquant la notion de résidence à une société, nous devrions, à mon avis, procéder autant que possible par analogie avec un particulier. Une société ne peut manger ou dormir, mais elle peut avoir pignon sur rue et faire des affaires. Nous devons donc nous demander où elle a réellement pignon sur rue et

of income tax where its real business is carried on. . . . I regard that as the true rule, and the real business is carried on where the central management and control actually abides.

The central management and control test for residency of a corporation has been adopted in Canada in a number of cases and is well established (see *The King v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1945] C.T.C. 162 (Ex. Ct.); *Crossley Carpets (Canada) Ltd. v. M.N.R.* (1967), 67 D.T.C. 522 (T.A.B.)).

[9] In general, the central management and control of a corporation will be exercised where its board of directors exercises its responsibilities. However, as Sharlow J.A. pointed out (at para. 56), where the facts are that the central management and control is exercised by a shareholder who is resident and making decisions in another country, the corporation will be found to be resident where the shareholder resides. (See *Unit Construction Co. v. Bullock*, [1960] A.C. 351 (H.L.).)

[10] St. Michael says that the residence of the trust must be the residence of the trustee based on two fundamental propositions. First, the trust is not a person like a corporation, so the central management and control test is inapplicable to trusts. Sharlow J.A. disposed of St. Michael's first argument summarily, as do we. While a trust is not a person at common law, it is deemed to be an individual under the Act. Section 104(2) provides:

A trust shall, for the purposes of this Act, and without affecting the liability of the trustee or legal representative for that person's own income tax, be deemed to be in respect of the trust property an individual

We agree with the Minister that the fact that at common law a trust does not have an independent

fait réellement des affaires. [. . .] [P]our les besoins de l'impôt sur le revenu, une société réside là où sont exercées ses activités véritables. [. . .] Je considère qu'il s'agit là de la vraie règle, et les activités véritables sont exercées là où s'exercent effectivement sa gestion centrale et son contrôle.

Le critère de la gestion centrale et du contrôle servant à déterminer le lieu de résidence d'une société a été adopté dans un certain nombre de décisions au Canada, et il y est bien établi (voir *The King c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1945] C.T.C. 162 (C. de l'É.); *Crossley Carpets (Canada) Ltd. c. M.N.R.* (1967), 67 D.T.C. 522 (C.A.I.)).

[9] En règle générale, la gestion centrale et le contrôle d'une société sont exercés là où son conseil d'administration exerce ses responsabilités. Mais comme le souligne la juge Sharlow (au par. 56), dans les cas où la gestion centrale et le contrôle d'une société sont exercés par un actionnaire qui réside dans un autre pays et y prend les décisions relativement à celle-ci, la société sera considérée comme résidant au même endroit que l'actionnaire (voir *Unit Construction Co. c. Bullock*, [1960] A.C. 351 (H.L.)).

[10] St. Michael s'appuie sur deux propositions fondamentales pour dire que le lieu de résidence de la fiducie doit être le même que celui du fiduciaire. Premièrement, comme une fiducie n'est pas une personne au même titre qu'une société, le critère de la gestion centrale et du contrôle ne s'applique pas aux fiducies. La juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale a écarté sommairement ce premier argument de St. Michael, et nous faisons de même. Bien qu'une fiducie ne soit pas une personne en common law, elle est réputée être un particulier aux termes de la Loi. Le paragraphe 104(2) prévoit en effet ce qui suit :

Pour l'application de la présente loi, et sans que l'assujettissement du fiduciaire ou des représentants légaux à leur propre impôt sur le revenu en soit atteint, une fiducie est réputée être un particulier relativement aux biens de la fiducie

À l'instar du ministre, nous sommes d'avis que le fait qu'une fiducie ne possède pas, en common law,

legal existence is irrelevant for the purposes of the Act.

[11] St. Michael's second argument is that the Act links a trust to the trustee and therefore the residence of the trust must be the residence of the trustee. It bases this argument on s. 104(1), which provides:

In this Act, a reference to a trust or estate . . . shall, unless the context otherwise requires, be read to include a reference to the trustee, executor, administrator, liquidator of a succession, heir or other legal representative having ownership or control of the trust property

The Federal Court of Appeal found that the linkage in s. 104(1) was for the purposes of solving "the practical problems of tax administration that would necessarily arise when it was determined that trusts were to be taxed despite the absence of legal personality" (para. 64). However, this did not mean that in all cases, the residence of the trust must be the residence of the trustee.

[12] St. Michael argues that s. 104(1) links the trustee to the trust for all attributes of a trust, including residency. However, although the subsection provides that a reference to a trust in the Act shall be read to include a reference to a trustee, St. Michael points to no provision that would link the trust and the trustee for purposes of determining the residency of the trust. The link that St. Michael asserts is not a principle of general application to trusts for all purposes, and there is nothing in the context of s. 104(1) that would suggest that there be a legal rule requiring that the residence of a trust must be the residence of the trustee.

[13] On the contrary, s. 2(1) is the basic charging provision of the Act, and its reference to a "person" must be read as a reference to the taxpayer whose taxable income is being subjected to income tax. This is the trust, *not* the trustee. This follows from s. 104(2), which

une existence juridique autonome n'est pas pertinente pour l'application de la Loi.

[11] Deuxièmement, St. Michael soutient que, comme la Loi rattache la fiducie au fiduciaire, le lieu de résidence de la fiducie est nécessairement celui du fiduciaire. Elle fonde cet argument sur le passage suivant du par. 104(1) :

Dans la présente loi, la mention d'une fiducie ou d'une succession [. . .] vaut également mention, sauf indication contraire du contexte, du fiduciaire, de l'exécuteur testamentaire, de l'administrateur successoral, du liquidateur de succession, de l'héritier ou d'un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie. . .

La Cour d'appel fédérale a conclu que le rattachement établi au par. 104(1) vise à résoudre « les problèmes fiscaux d'ordre pratique qui vont nécessairement survenir à partir du moment où l'on décide que les fiducies sont imposables bien qu'elles soient dénuées de personnalité juridique » (par. 64). Cela ne veut pas dire pour autant que le lieu de résidence de la fiducie correspond invariablement au lieu de résidence du fiduciaire.

[12] St. Michael prétend que le par. 104(1) rattache le fiduciaire à la fiducie pour tous les attributs de cette dernière, y compris le lieu de résidence. Toutefois, bien que ce paragraphe précise que la mention d'une fiducie dans la Loi vaut également mention du fiduciaire, St. Michael ne fait état d'aucune disposition qui rattacherait la fiducie au fiduciaire aux fins de détermination du lieu de résidence de la première. Le rattachement invoqué par St. Michael ne constitue pas un principe qui s'applique de façon générale aux fiducies, et ce, à tous égards; de plus, rien dans le contexte du par. 104(1) ne tend à indiquer l'existence d'une règle de droit exigeant que le lieu de résidence d'une fiducie soit celui du fiduciaire.

[13] Au contraire, le par. 2(1) est la principale disposition de la Loi qui établit l'assujettissement à l'impôt, et le mot « personne » y figurant doit s'entendre du contribuable dont le revenu imposable est assujetti à l'impôt sur le revenu. Ce contribuable c'est la fiducie, *non* le fiduciaire. Cette conclusion

separates the trust from the trustee in respect of trust property.

[14] On the other hand, there are many similarities between a trust and corporation that would, in our view, justify application of the central management and control test in determining the residence of a trust, just as it is used in determining the residence of a corporation. Some of these similarities include:

- (1) Both hold assets that are required to be managed;
- (2) Both involve the acquisition and disposition of assets;
- (3) Both may require the management of a business;
- (4) Both require banking and financial arrangements;
- (5) Both may require the instruction or advice of lawyers, accountants and other advisors; and
- (6) Both may distribute income, corporations by way of dividends and trusts by distributions.

As Woods J. noted: “The function of each is, at a basic level, the management of property” (para. 159).

[15] As with corporations, residence of a trust should be determined by the principle that a trust resides for the purposes of the Act where “its real business is carried on” (*De Beers*, at p. 458), which is where the central management and control of the trust actually takes place. As indicated, the Tax Court judge found as a fact that the main beneficiaries exercised the central management and control of the trusts in Canada. She found that St. Michael had only a limited role — to provide administrative services — and little or no responsibility beyond that (paras. 189-90). Therefore, on this test, the trusts must be found to be resident in

découle du texte du par. 104(2), qui distingue la fiducie du fiduciaire pour ce qui est des biens de la fiducie.

[14] Par contre, les fiducies et les sociétés partagent de nombreuses similitudes qui, à notre avis, justifieraient que l'on applique le critère de la gestion centrale et du contrôle pour déterminer le lieu de résidence d'une fiducie, tout comme il est utilisé pour établir le lieu de résidence d'une société. Voici certaines de ces similitudes :

- (1) les deux détiennent des éléments d'actif à gérer;
- (2) les deux impliquent l'acquisition et la disposition d'éléments d'actif;
- (3) les deux exigent dans certains cas la gestion d'une entreprise;
- (4) les deux exigent la prise d'arrangements bancaires et financiers;
- (5) les deux peuvent avoir besoin des instructions ou conseils d'avocats, de comptables et d'autres conseillers;
- (6) les deux peuvent répartir leur revenu, les sociétés par voie de dividendes et les fiducies par voie d'attributions.

Comme l'a souligné la juge Woods : « La fonction de chacune consiste fondamentalement à gérer les biens » (par. 159).

[15] Tout comme dans le cas des sociétés, il faut déterminer le lieu de résidence d'une fiducie sur la base du principe selon lequel, pour l'application de la Loi, une fiducie réside là où [TRADUCTION] « sont exercées ses activités véritables » (*De Beers*, p. 458), c'est-à-dire l'endroit où s'exercent effectivement sa gestion centrale et son contrôle. Comme il a été indiqué précédemment, la juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu, en fait, que les bénéficiaires principaux exerçaient la gestion centrale et le contrôle des fiducies en cause au Canada. Elle a jugé que St. Michael ne jouait qu'un rôle limité — prestation de services administratifs — et

Canada. This is not to say that the residence of a trust can never be the residence of the trustee. The residence of the trustee will also be the residence of the trust where the trustee carries out the central management and control of the trust, and these duties are performed where the trustee is resident. These, however, were not the facts in this case.

[16] We agree with Woods J. that adopting a similar test for trusts and corporations promotes “the important principles of consistency, predictability and fairness in the application of tax law” (para. 160). As she noted, if there were to be a totally different test for trusts than for corporations, there should be good reasons for it. No such reasons were offered here.

[17] For these reasons, we would dismiss the appeals with costs.

[18] In the alternative, the Minister argued that the trusts are deemed residents of Canada under s. 94, which provides a scheme for taxing non-resident trusts. Even if the trusts were found not to be resident in Canada under common law principles, the Minister submitted that their assessments were justified under s. 94 because the trusts were deemed to be Canadian residents for the purposes of the Act, and therefore Canadian residents for the purposes of the treaty exemption. In the case that this alternative argument failed, the Minister further argued that the tax benefit should be denied according to the general anti-avoidance rule under s. 245 of the Act because it would frustrate the purpose of relevant parts of the treaty.

[19] Given our conclusion that the trusts are resident in Canada under common law principles, it is not necessary to consider the arguments made

n’assumait que peu ou pas d’autres responsabilités (par. 189 et 190). Par conséquent, suivant ce critère, les fiducies en cause doivent être considérées comme des résidents du Canada. Cela ne signifie pas que le lieu de résidence d’une fiducie ne peut jamais correspondre à celui du fiduciaire. Dans les cas où le fiduciaire exerce la gestion centrale et le contrôle de la fiducie, le lieu de résidence du fiduciaire sera également celui de la fiducie. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce.

[16] Nous sommes d’accord avec la juge Woods pour dire que l’adoption d’un critère de résidence similaire à la fois pour les fiducies et les sociétés favorise le respect « des principes importants d’uniformité, de prévisibilité et d’équité dans l’application du droit fiscal » (par. 160). Comme l’a signalé la juge, il faudrait de bonnes raisons pour justifier l’application aux fiducies d’un critère entièrement différent de celui applicable aux sociétés. Or, aucune raison de la sorte n’a été présentée en l’espèce.

[17] Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter les pourvois avec dépens.

[18] Le ministre a également soutenu que les fiducies sont réputées être des résidents du Canada par l’effet de l’art. 94, qui instaure un régime permettant d’imposer les fiducies non résidentes. Même si, a prétendu le ministre, les fiducies en cause ne sont pas jugées être des résidents du Canada suivant les principes de la common law, les cotisations qui ont été établies à leur égard sont justifiées car, en vertu de l’art. 94, les fiducies en cause sont réputées être des résidents du Canada pour l’application de la Loi et, en conséquence, des résidents du Canada pour l’application de l’exonération fiscale prévue par le traité. Enfin, au cas où cet argument supplémentaire ne serait pas retenu, le ministre a plaidé que l’avantage fiscal devrait être refusé conformément à la règle générale anti-évitement prévue à l’art. 245 de la Loi, parce que le fait d’accorder cet avantage ferait obstacle à la réalisation de l’objet de certains éléments pertinents du traité.

[19] Vu notre conclusion que les fiducies en cause sont des résidents du Canada suivant les principes de la common law, il n’est pas nécessaire

about s. 94 or s. 245 of the Act. We should not be understood as endorsing the reasons of the Federal Court of Appeal on those matters.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Thorsteinssons, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

d'examiner les arguments fondés sur les art. 94 et 245 de la Loi. Il ne faut toutefois pas considérer que nous souscrivons aux motifs de la Cour d'appel fédérale sur ces points.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelantes: Thorsteinssons, Toronto.

Procureur de l'intimée: Procureur général du Canada, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 2012 Vol. 1

and Tables

**Cited as [2012] 1 S.C.R. { i-xlix
529-774**

3^e cahier, 2012 Vol. 1

et Tables

**Renvoi [2012] 1 R.C.S. { i-xlix
529-774**

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	IDA SMITH
JANICE CHENEY	SÉBASTIEN LAFRANCE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
ANDRÉ GOLDENBERG	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes		
DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	PETER O'DOHERTY
MONIQUE DELORME	PAULINE MCTAVISH	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN
	ANNE-MARIE NOËL	

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xv
Table of Cases Cited	xix
Statutes and Regulations Cited.....	xxxix
Authors Cited.....	xliii
Index	767

Breeden v. Black 666

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel actions commenced in Ontario in respect of statements posted on U.S. company's website and in its annual report and republished by three Canadian newspapers — Defendants bringing motion to stay actions on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over actions — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of actions.

Calgary (City) v. Canada 689

Taxation — Goods and services tax — Single supply or multiple supplies — City acquiring and constructing transit facilities — City claiming and receiving public service body rebates for portion of GST paid — City also claiming input tax credits in respect of GST paid on purchases made for transit facilities — Whether acquisition and construction of transit facilities constituting an exempt supply, a taxable supply or both — Whether “transit facilities services” a taxable supply to the Province separate from exempt supply of “public transit services” to public — City Transportation Act, R.S.A. 2000, c. C-14 — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 123(1), 169(1), Sched. V, Part VI, ss. 1, 24.

Club Resorts Ltd. v. Van Breda 572

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Respondents injured while vacationing in Cuba — Actions for damages brought in Ontario — Defendants bringing motion to stay actions on grounds that Ontario court lacks

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxix
Lois et règlements cités	xli
Doctrine citée	xliii
Index	771

Breeden c. Black 666

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Actions en diffamation introduites en Ontario relativement à certains propos publiés sur le site Web et dans le rapport annuel d'une société américaine, et repris par trois journaux canadiens — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard des actions? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire les actions?

Calgary (Ville) c. Canada 689

Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Fourniture unique ou fournitures multiples — Ville ayant acquis et construit des installations de transport — Demande et obtention d'un remboursement à titre d'organisme de services publics d'une partie de la TPS payée par la ville — Crédit de taxe sur les intrants demandé en outre par la ville relativement à la TPS acquittée sur ses achats liés aux installations de transport — L'acquisition et la construction des installations de transport constituent-elles une fourniture exonérée, une fourniture taxable, ou les deux? — Les « services liés aux installations de transport » correspondent-ils à une fourniture taxable à la province distincte de la fourniture exonérée de « services de transport en commun » à la population? — City Transportation Act, R.S.A. 2000, ch. C-14 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 123(1), 169(1), ann. V, partie VI, art. 1, 24.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

jurisdiction, or alternatively, should decline to exercise jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over actions — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of actions.

Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp. 636

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel action commenced in Ontario in respect of statements contained in book published in French by Quebec publisher — Defendants bringing motion to stay action on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over action — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of action.

R. v. Jesse 716

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Prior conviction — Voir dire — Whether Crown was entitled to lead prior conviction on similar fact voir dire — Whether accused was entitled to challenge prior conviction on similar fact voir dire — Whether trial judge committed reversible error in finding, at trial, that accused had likely assaulted first victim.

R. v. Kociuk 529

Criminal law — Charge to jury — Murder while committing sexual assault — Trial judge adequately relating evidence to elements of the offence — Trial judge's charge as a whole satisfactorily informing jury of relevant issues and theory of defence — Trial judge not required to put forward speculative fact scenarios of fanciful or far-fetched nature that were not raised by counsel.

R. v. R.P. 746

Criminal law — Appeals — Power of court of appeal — Unreasonable verdict — Credibility of witnesses — Trial judge holding that testimonial evidence as whole did not raise reasonable doubt that accused guilty on charge of indecent assault with regard to incidents that had occurred more than 30 years earlier — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. Tse 531

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Interception of private communications — Police

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Club Resorts Ltd. c. Van Breda 572

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Préjudice subi par les intimés à l'occasion de vacances à Cuba — Actions en dommages-intérêts intentées en Ontario — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard des actions? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire les actions?

Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp. 636

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Action en diffamation intentée en Ontario relativement à des propos figurant dans un livre publié en français par un éditeur québécois — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard de l'action? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire l'action?

R. c. Jesse 716

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Déclaration de culpabilité antérieure — Voir-dire — Le ministère public avait-il le droit de produire une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — L'accusé avait-il le droit de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision en concluant, lors du procès lui-même, que l'accusé était probablement l'agresseur de la première victime?

R. c. Kociuk 529

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre survenant lors d'une agression sexuelle — Le juge du procès a adéquatement rattaché la preuve aux éléments de l'infraction — Considéré dans son ensemble, l'exposé du juge aux jurés les a informés de manière satisfaisante des questions litigieuses pertinentes et de la thèse de la défense — Le juge présidant un procès n'est pas tenu de soumettre au jury des scénarios factuels farfelus ou tirés

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

intercepting communications without authorization pursuant to s. 184.4 of Criminal Code on grounds interceptions were immediately necessary to prevent serious harm to person or property and judicial authorization not available with reasonable diligence — Whether s. 184.4 contravenes right to be free from unreasonable search and seizure pursuant to s. 8 of the Charter — Whether provision saved under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 184.4, 185, 186, 188.

SOMMAIRE (Fin)

par les cheveux, qui relèvent de la conjecture et n'ont pas été avancés par les avocats.

R. c. R.P. 746

Droit criminel — Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Crédibilité des témoins — Juge du procès concluant que l'ensemble de la preuve testimoniale n'est pas de nature à soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé relativement à une accusation d'attentat à la pudeur concernant des événements survenus plus de 30 ans auparavant — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. Tse 531

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception de communications privées — Interception de communications par la police sans autorisation en vertu de l'art. 184.4 du Code criminel au motif que l'interception immédiate était nécessaire pour empêcher des dommages sérieux à une personne ou un bien et qu'une autorisation ne pouvait être obtenue avec toute la diligence raisonnable — L'article 184.4 porte-t-il atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la Charte? — Cette disposition peut-elle être validée par l'application de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 184.4, 185, 186, 188.



2012 Volume 1

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

ERRATA

- [1992] 1 S.C.R., p. 252, line *f*4 of the English version. Read “by well-meaning organizations” instead of “by a well-meaning organizations”.
- [2008] 3 S.C.R., p. 342, para. 53, line 12 of the French version. Read “un jury qui a rendu un verdict” instead of “un jury qui a un verdict”.
- [2010] 1 S.C.R., p. 288, para. 100, line 7 of the English version. Read “accessing” instead of “assessing”.
- [2010] 1 S.C.R., p. 835, para. 37, line 10 of the French version. Read “La lumière du soleil est, dit-on, le meilleur des désinfectants” instead of “La lumière du soleil est le meilleur des désinfectants”.
- [2010] 2 S.C.R., p. 710, para. 20, line 10 of the French version. Read “Si elle n’est pas concluante” instead of “Si elle est concluante”.
- [2011] 2 S.C.R., p. 51, line 10 of the English version. Read “free association” instead of “free expression”.
- [2011] 2 S.C.R., p. 51, line 11 of the French version. Read “liberté d’association” instead of “liberté d’expression”.
- [1992] 1 R.C.S., p. 252, ligne *f*4 de la version anglaise. Lire « by well-meaning organizations » au lieu de « by a well-meaning organizations ».
- [2008] 3 R.C.S., p. 342, par. 53, ligne 12 de la version française. Lire « un jury qui a rendu un verdict » au lieu de « un jury qui a un verdict ».
- [2010] 1 R.C.S., p. 288, par. 100, ligne 7 de la version anglaise. Lire « accessing » au lieu de « assessing ».
- [2010] 1 R.C.S., p. 835, par. 37, ligne 10 de la version française. Lire « La lumière du soleil est, dit-on, le meilleur des désinfectants » au lieu de « La lumière du soleil est le meilleur des désinfectants ».
- [2010] 2 R.C.S., p. 710, par. 20, ligne 10 de la version française. Lire « Si elle n’est pas concluante » au lieu de « Si elle est concluante ».
- [2011] 2 R.C.S., p. 51, ligne 11 de la version française. Lire « liberté d’association » au lieu de « liberté d’expression ».
- [2011] 2 R.C.S., p. 51, ligne 10 de la version anglaise. Lire « free association » au lieu de « free expression ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to May 15, 2012 – 1^{er} janvier au 15 mai 2012)

- 101050457 Saskatchewan Ltd. v. Provincial Mediation Board*, (Sask.), 34379, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 1494203 Ontario Inc. v. Ashkar*, (Ont.), 34568, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 3058354 Nova Scotia Company v. On*Site Equipment Ltd.*, (Alta.), 34415, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 567 Hornby Apartment Ltd. v. Le Soleil Hospitality Inc.*, (B.C.), 34451, leave to appeal refused with costs, 15.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9077-6204 Québec inc. c. Blanchard*, (Qc), 34375, leave to appeal refused, 1.3.12, autorisation d'appel refusée.
- 9167-5207 Québec Inc. c. The Gazette*, (Qc), 34409, leave to appeal refused with costs, 1.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abouabdallah v. College of Dental Surgeons of Saskatchewan*, (Sask.), 34508, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Acadia Subaru c. Michaud*, (Qc), 34383, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 12.1.12, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- ADI International Inc. v. WCI Waste Conversion Inc.*, (P.E.I.), 34463, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ahmad v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34537, leave to appeal refused, 29.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Almalki v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34502, leave to appeal refused, 19.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Alpha Manufacturing Inc. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34610, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Alves v. First Choice Canada Inc.*, (Sask.), 34579, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens entre parties.
- Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, (N.S.), 34501, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.4.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Annapolis County District School Board v. Marshall*, (N.S.), 34189, leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 19.1.12, autorisation d'appel incident accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Antle v. The Queen*, (F.C.), 33979, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Antrim Truck Centre Ltd. v. The Queen*, (Ont.), 34413, leave to appeal granted with costs in the cause, 2.2.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Armeni v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 34500, leave to appeal refused, 9.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Ashmore v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34318, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.

- Athabasca Chipewyan First Nation v. Ministry of Energy*, (Alta.), 34154, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Ahousaht Indian Band*, (B.C.), 34387, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for British Columbia to be reconsidered in accordance with the decision of this Court in *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, and leave to cross-appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour réexamen en conformité avec l'arrêt de notre Cour dans *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur general)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, et autorisation d'appel incident refusée avec dépens.
- Baines v. Minister of Human Resources and Skills Development*, (F.C.), 34496, leave to appeal refused, 26.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Bajwa v. British Columbia Veterinary Medical Association*, (B.C.), 34434, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Baltrusaitis v. The Queen*, (Ont.), 34531, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barreau du Québec c. Parizeau*, (Qc), 34495, leave to appeal refused with costs, 15.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, (B.C.), 34404, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.4.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Bell v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34511, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Black v. Colson*, (Ont.), 34506, leave to appeal refused with costs, 3.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Black v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34648, leave to appeal refused, 26.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Blizman v. The Queen*, (F.C.), 34520, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Bodenstein v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34574, leave to appeal refused, 22.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Bodenstein v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34580, leave to appeal refused, 22.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Bonhomme c. Les Placements Jean-Philippe Ltée*, (Qc), 34651, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bottineau v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34491, leave to appeal refused, 19.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Cadorette c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34540, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Callaghan v. Chief Electoral Officer of Canada*, (F.C.), 34232, notice of discontinuance filed, 2.3.12, avis de désistement produit.
- Candir v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34622, leave to appeal refused, 26.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Carten v. The Queen*, (F.C.), 34257, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et des services sociaux du Suroît c. Collectif de défense des droits de la Montérégie (C.D.D.M.)*, (Qc), 34377, leave to appeal refused with costs, 1.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chehil v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 34524, leave to appeal granted, 7.5.12, autorisation d'appel accordée.
- Chem-Trend Limited Partnership v. Mason*, (Ont.), 34342, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Calgary v. Christensen*, (Alta.), 34494, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Coastal Contacts Inc. c. Ordre des optométristes du Québec*, (Qc), 34563, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Center*, (B.C.), 34304, leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 5.4.12, autorisation d'appel incident accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Collins v. Heneghan*, (Ont.), 34492, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Limited*, (N.B.), 34473, leave to appeal granted with costs in the cause, 22.3.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Compagnie d'inspection et d'assurance chaudière et machinerie c. H.A. Simons Ltd.*, (Qc), 34447, leave to appeal refused with costs, 22.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Confédération des syndicats nationaux (CSN) c. Procureur général du Québec*, (Qc), 34479, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conroy v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (Ont.), 34422, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, (Alta.), 34205, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.1.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Corlac Inc. v. Weatherford Canada Ltd.*, (F.C.), 34459, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation of the Township of Galway-Cavendish and Harvey v. Pate*, (Ont.), 34333, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- D.J.W. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34623, leave to appeal granted, 26.4.12, autorisation d'appel accordée.
- Desanti v. Gray*, (Alta.), 34458, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deschênes c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, (C.F.), 34453, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Domond c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, (Qc), 34547, leave to appeal refused, 12.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Donatelli v. Liberty Insurance Company of Canada*, (Ont.), 34581, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Drabinsky v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34484, leave to appeal refused, 29.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Drum Head Estates Limited v. Mills*, (N.S.), 34583, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Eagle Globe Management Ltd. v. Bombardier Inc.*, (Que.), 34504, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ediger v. Johnston*, (B.C.), 34408, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.2.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Emballages Alpha inc. c. Industries Rocand inc.*, (Qc), 34386, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Émond c. Richard*, (Qc), 34407, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Environnement Routier NRJ Inc. c. Ville de Montréal*, (Qc), 34452, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Excavations Payette Ltée c. Ville de Montréal*, (Qc), 34448, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Ezokola v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 34470, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.4.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Fabrikant v. Eisenberg*, (Que.), 34488, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fabrikant v. Swamy*, (Que.), 34587, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec c. Procureur général du Québec*, (Qc), 34398, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusé.
- Fibrex Inc. v. AbitibiBowater Inc.*, (Que.), 34757, leave to appeal refused with costs, 18.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Frothingham v. Perez*, (N.S.), 34428, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagné c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34221, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Gagné c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34551, leave to appeal refused, 3.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Gauthier c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34444, leave to appeal granted, 29.3.12, autorisation d'appel accordée.
- Gendreau v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34585, leave to appeal refused, 15.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Gibb v. Attorney General of Quebec*, (Que.), 34521, leave to appeal refused, 26.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Gingras v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34615, leave to appeal refused, 17.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Golzarian c. Association des policiers provinciaux du Québec*, (Qc), 34503, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Green v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34576, leave to appeal refused, 8.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Grenville-Wood v. Meridian Credit Union Ltd.*, (Ont.), 34471, leave to appeal refused with costs, 8.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hébert c. Lacroix*, (Qc), 34374, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Heli Tech Services (Canada) Ltd. v. Weyerhaeuser Company Limited/Compagnie Weyerhaeuser Limitée*, (F.C.), 34419, leave to appeal refused with costs, 9.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hinn v. Pintar Manufacturing Corp.*, (Ont.), 34654, notice of discontinuance filed, 28.2.12, avis de désistement produit.
- Hodgins v. Grover*, (Ont.), 34155, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hudson v. Attorney General of Canada*, (Sask.) (Crim.), 34527, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Huntley v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 34548, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- IBM Canada Limited v. Waterman*, (B.C.), 34472, leave to appeal granted, 5.4.12, autorisation d'appel accordée.
- Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Financière Banque Nationale*, (Qc), 34596, leave to appeal refused with costs, 3.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- In the Matter of a Reference to the Court of Appeal of Alberta by the Lieutenant Governor in Council pursuant to O.C. 20/2010 dated January 26, 2010 and O.C. 181/2101 dated June 9, 2010*, (Alta.), 34192, notice of discontinuance filed, 5.4.12, avis de désistement produit.
- In the Matter of Section 36 of the Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26*, (Que.), 34188, notice of discontinuance filed, 5.4.12, avis de désistement produit.

- Investment Administration Solution Inc. v. Silver Gold Glatt & Grosman LLP*, (Ont.), 34584, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.J. v. Canadian Union of Public Employees, Local 561*, (B.C.), 34465, leave to appeal refused with costs, 19.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnson v. Workers' Compensation Board of British Columbia*, (B.C.), 34348, leave to appeal refused, 19.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Karpinski v. Sylvestre*, (Que.), 34631, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Kim v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34436, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Klundert v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34558, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Klymchuk v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34381, leave to appeal refused, 9.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Koerner v. Capital Health Authority*, (Alta.), 34573, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.B. v. G.N.*, (Que.), 34441, leave to appeal refused, 1.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Lacroix c. La Reine*, (C.F.), 34301, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Ladner v. Wolfson*, (B.C.), 34509, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lamontagne c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34487, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Landry c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, (Qc), 34666, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laroche c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34493, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Lavoie c. Lavoie*, (Qc), 34412, leave to appeal refused with costs, 22.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lawrence v. Peel Regional Police Force*, (Ont.), 34553, leave to appeal refused, 8.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Le v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 34562, leave to appeal refused, 29.3.12, autorisation d'appel refusée.
- LeBlanc v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 34442, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Lee Trans Corporation v. Deputy Registrar of Motor Vehicles*, (Ont.), 34693, notice of discontinuance filed, 19.4.12, avis de désistement produit.
- Lehman Brothers International (Europe) v. BTR Global Opportunity Trading Limited*, (Ont.), 34360, notice of discontinuance filed, 8.2.12, avis de désistement produit.
- Lepage c. Valeurs mobilières Desjardins Inc.*, (Qc), 34565, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leporé c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34519, leave to appeal refused, 29.3.12, autorisation d'appel refusée.
- L'Espinay v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34525, leave to appeal refused, 9.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Lienaux v. Campbell*, (N.S.), 34612, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lindhorst v. Stone & Co Limited*, (Ont.), 34597, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lipsitz v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (Ont.), 34439, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lipson v. Gentra Canada Investments Inc.*, (Ont.), 34355, leave to appeal refused with costs, 1.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- L-Jalco Holdings Inc. v. Marino*, (Ont.), 34571, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Louie v. Le Soleil Hospitality Inc.*, (B.C.), 34486, leave to appeal refused with costs, 15.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Macdonald v. Canadian Broadcasting Corporation*, (Ont.), 34546, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacKenzie v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34397, leave to appeal granted, 10.5.12, autorisation d'appel accordée.
- Manning v. College of Nurses of Ontario*, (Ont.), 34529, leave to appeal refused, 1.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Marine Services International Limited v. Ryan*, (N.L.), 34429, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.4.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Marleau c. Directeur de l'Établissement de Port-Cartier*, (Qc) (Crim.), 34483, notice of discontinuance filed, 24.2.12, avis de désistement produit.
- Martel v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34543, leave to appeal refused, 12.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Michalakopoulos v. Professional Liability Insurance Fund of the Barreau du Québec*, (Que.), 34601, leave to appeal refused, 26.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Mills v. The Queen*, (F.C.), 34443, leave to appeal refused with costs, 1.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minister of Foreign Affairs v. Attaran*, (F.C.), 34402, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ministry of Commerce and Industry of the Republic of Cyprus v. International Cheese Council of Canada*, (F.C.), 34430, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Montpetit c. Rioux*, (Qc), 34394, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morsi v. Fermar Paving Ltd.*, (Ont.), 34515, leave to appeal refused with costs, 3.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moutsios c. Bank of Nova Scotia*, (Qc), 34406, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mull v. National Bank of Canada*, (Ont.), 34457, leave to appeal refused with costs, 8.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nault c. Ministre des travaux publics et services gouvernementaux du Canada*, (C.F.), 34550, leave to appeal refused with costs, 8.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nelson v. Inter-Pro Property (#2) Corporation*, (Alta.), 34477, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nersésian v. 9036-4167 Quebec Inc.*, (Que.), 34507, leave to appeal refused, 22.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Neumann v. Attorney General of Canada*, (B.C.) (Crim.), 34475, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nguyen c. Chiasson*, (Qc), 34233, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, (B.C.), 34510, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.4.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Obonsawin v. The Queen*, (F.C.), 34341, leave to appeal refused with costs, 9.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- O'Brien v. Steinebach*, (B.C.), 34456, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Olenga v. Sisett & Company*, (B.C.), 34541, leave to appeal refused, 8.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Oleynik v. University of Calgary*, (Alta.), 34564, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Onischuk v. Alberta*, (F.C.), 34528, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paloukis c. Nikoforos*, (Qc), 34577, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Patel v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 34411, leave to appeal refused, 23.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. Ville de Longueuil*, (Qc), 34390, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Peric v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34480, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 34497, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Polger c. Congrès juif canadien*, (Qc), 34438, leave to appeal refused with costs, 9.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Public Mobile v. Globalive Wireless Management Corp.*, (F.C.), 34418, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Purdy v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34391, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Quipp, Jr. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34376, leave to appeal refused, 19.1.12, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Bélanger*, (Qc) (Crim.), 34512, leave to appeal granted, 26.4.12, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, (Ont.) (Crim.), 34317, leave to appeal granted, 5.4.12, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Daniels*, (Sask.) (Crim.), 34350, leave to appeal refused, 29.3.12, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Losier*, (N.-B.) (Crim.), 34572, notice of discontinuance filed, 21.12.11, avis de désistement produit.
- R. c. Manning*, (Qc) (Crim.), 34358, leave to appeal granted, 23.2.12, autorisation d'appel accordée.
- R. c. Rochon*, (Qc) (Crim.), 34557, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Willson*, (B.C.), 34403, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R.D.R. v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 34538, leave to appeal refused, 12.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Racine c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34592, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Rai v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34489, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Raïche c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34602, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Raïche c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34603, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Ramsaroop v. McGill University Health Centre*, (Que.), 34427, leave to appeal refused with costs, 9.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ranger v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34450, leave to appeal refused, 9.2.12, autorisation d'appel refusée.
- Reece v. City of Edmonton*, (Alta.), 34454, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, (Qc), 34505, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.3.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Relkie v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34567, leave to appeal refused, 12.4.12, autorisation d'appel refusée.

- Remstar Corporation c. Syndicat des employés-es de TQS Inc. (FNC-CSN)*, (C.F.), 34405, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Renée Marquis-Antle Spousal Trust v. The Queen*, (F.C.), 33987, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Romero v. Lichtblau*, (Que.), 34595, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rondel v. Robinson*, (Ont.), 34435, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rossdeutscher v. Concordia University*, (Que.), 34423, leave to appeal refused, 12.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Rotstein v. Smith*, (Ont.), 34476, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rouet c. Cherow*, (Qc), 34556, leave to appeal refused, 12.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Roussy v. Red Seal Vacations Inc.*, (Sask.), 34578, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens entre parties.
- Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada v. Burke*, (N.B.), 34594, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.C.P. Environnement Inc. c. Penaranda*, (Qc), 34591, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 3.5.12, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens
- S.P. v. Administrative Tribunal of Quebec*, (Que.) (Crim.), 34462, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.
- S.P. v. Jean-Talon Hospital*, (Que.), 34461, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.
- S.R. c. C.R.A.*, (Qc), 34544, leave to appeal refused, 8.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Sahota v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34611, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Seed v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34575, leave to appeal refused, 12.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Shand v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34319, leave to appeal refused, 19.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Shields v. GetSet Communications Inc.*, (B.C.), 34161, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Singh v. University of British Columbia*, (B.C.), 34424, leave to appeal refused with costs, 12.1.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Slopen v. Royal Bank of Canada*, (Ont.), 34445, notice of discontinuance filed, 13.2.12, avis de désistement produit.
- Smith v. Inco Limited*, (Ont.), 34561, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. Law Society of Manitoba*, (Man.), 34569, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34352, leave to appeal refused, 23.2.12, autorisation d'appel refusée.
- St-Hilaire c. Hébert*, (Qc), 34460, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- St-Pierre c. Municipalité de St-Magloire*, (Qc), 34638, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Sturkenboom v. The Queen*, (Ont.), 34485, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec*, (Qc), 34518, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.O. v. S.W.*, (Que.), 34555, leave to appeal refused, 2.2.12, autorisation d'appel refusée.

- Taucar v. University of Western Ontario*, (Ont.), 34549, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- TBT Personnel Services Inc. v. The Queen*, (F.C.), 34533, leave to appeal refused with costs, 12.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tele-Mobile Company Partnership v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 34244, leave to appeal refused with costs, 29.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thamby v. Attorney General of Canada*, (Ont.) (Crim.), 34614, leave to appeal refused, 10.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Tiedemann v. Agence du Revenu du Québec*, (Que.) (Crim.), 34343, leave to appeal refused, 12.1.12, autorisation d'appel refusée.
- Toussaint v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34446, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Tremaine v. Canadian Human Rights Commission*, (F.C.), 34542, leave to appeal refused with costs, 26.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- United Mexican States v. Cargill, Incorporated*, (Ont.), 34559, leave to appeal refused with costs, 10.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- United Nurses of Alberta, Local 85 v. Capital Health Authority (Sturgeon Community Hospital)*, (Alta.), 34498, leave to appeal refused with costs, 5.4.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- United Steelworkers v. Morneau Sobeco Limited Partnership*, (Ont.), 34308, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.1.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Vandal c. Pigeon*, (Qc), 34588, notice of discontinuance filed, 27.3.12, avis de désistement produit.
- Vasarhelyi v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34513, leave to appeal refused, 1.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Volnyansky v. Regional Municipality of Peel*, (Ont.), 34425, leave to appeal refused, 29.3.12, autorisation d'appel refusée.
- Wallot c. Ville de Québec*, (Qc), 34440, leave to appeal refused with costs, 2.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wenn v. Chow*, (B.C.), 34613, leave to appeal refused with costs, 3.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Whelan v. Woodbine Entertainment Group*, (Ont.), 34327, leave to appeal refused with costs, 23.2.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yates v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34589, leave to appeal refused, 5.4.12, autorisation d'appel refusée.
- Yorke v. Yorke*, (N.B.), 34539, leave to appeal refused with costs, 22.3.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
B		H	
Banro Corp., Éditions Écosociété Inc. v.	636	Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)	364
Barreau du Québec, Doré v.	395		
Black, Breeden v.	666	I	
Breeden v. Black	666	Ipeelee, R. v.	433
C		J	
Calgary (City) v. Canada	689	Jesse, R. v.	716
Canada, Calgary (City) v.	689		
Canada, Fundy Settlement v.	520	K	
Canada, Toronto-Dominion Bank v.	3	Kociuk, R. v.	529
Canada (Health), Merck Frosst Canada Ltd. v.	23	M	
Canadian American Association of Professional Baseball Ltd., Momentous.ca Corp. v.	359	Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)	23
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (Dis- trict)	5	Momentous.ca Corp. v. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.	359
Club Resorts Ltd. v. Van Breda	572	N	
Commission scolaire des Chênes, S.L. v.	235	North Cowichan (District), Catalyst Paper Corp. v.	5
D		Nova Scotia (Human Rights Commission), Halifax (Regional Municipality) v.	364
D.A.I., R. v.	149	R	
Doré v. Barreau du Québec	395	R. v. D.A.I.	149
E		R. v. Eastgaard	393
Eastgaard, R. v.	393	R. v. Ipeelee	433
Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.	636		
F			
Fundy Settlement v. Canada	520		

	PAGE		PAGE
R. v. Jesse	716		
R. v. Kociuk	529		
R. v. R.P.	746		
R. v. T.L.M.	233		
R. v. Tse	531		
R.P., R. v.	746		
Reference re Broadcasting Act	142		
Richard v. Time Inc.	265		
		T	
		T.L.M., R. v.	233
		Time Inc., Richard v.	265
		Toronto-Dominion Bank v. Canada	3
		Tse, R. v.	531
		V	
		Van Brede, Club Resorts Ltd. v.	572
S			
S.L. v. Commission scolaire des Chênes	235		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
B		H	
Banque Toronto-Dominion c. Canada	3	Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-	
Banro Corp., Éditions Écosociété Inc. c.	636	Écosse (Human Rights Commission)	364
Barreau du Québec, Doré c.	395	I	
Black, Breeden c.	666	Ipeelee, R. c.	433
Breeden c. Black	666	J	
C		K	
Calgary (Ville) c. Canada	689	Jesse, R. c.	716
Canada, Banque Toronto-Dominion c.	3	M	
Canada, Calgary (Ville) c.	689	Kociuk, R. c.	529
Canada, Fundy Settlement c.	520	N	
Canada (Santé), Merck Frosst Canada Ltée c.	23	North Cowichan (District), Catalyst Paper Corp.	
Canadian American Association of Professional		c.	5
Baseball Ltd., Momentous.ca Corp. c.	359	Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission),	
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (Dis-		Halifax (Regional Municipality) c.	364
trict)	5	R	
Club Resorts Ltd. c. Van Breda	572	R. c. D.A.I.	149
Commission scolaire des Chênes, S.L. c.	235	R. c. Eastgaard	393
D		R. c. Ipeelee	433
D.A.I., R. c.	149		
Doré c. Barreau du Québec	395		
E			
Eastgaard, R. c.	393		
Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.	636		
F			
Fundy Settlement c. Canada	520		

	PAGE		PAGE
R. c. Jesse	716		
R. c. Kociuk	529		
R. c. R.P.	746		
R. c. T.L.M.	233		
R. c. Tse.....	531		
R.P., R. c.	746		
Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion	142		
Richard c. Time Inc.	265		
		T	
		T.L.M., R. c.	233
		Time Inc., Richard c.	265
		Tse, R. c.	531
		V	
		Van Breda, Club Resorts Ltd. c.	572
S			
S.L. c. Commission scolaire des Chênes	235		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)	2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421	128
9029-4596 Québec inc. v. Duplantie	[1999] R.J.Q. 3059	306
A		
A.C.E.F. Sud-Ouest de Montréal v. Arrangements alternatifs de crédit du Québec Inc.	[1994] R.J.Q. 114	306
AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	(1998), 161 F.T.R. 15	118
Adams v. Amex Bank of Canada	2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746	298
Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72	416
Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)	(1989), 37 Admin. L.R. 245	55, 128
Air Canada v. Lorenz	[2000] 1 F.C. 494	383
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567	258, 418
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teach- ers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	384
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 S.C.R. 897	600, 683
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)	2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248	543
Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.	[1948] 1 K.B. 223	15
AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)	2005 FC 189 (CanLII)	71
AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)	2005 FC 648 (CanLII)	72
Ata v. 9118-8169 Québec Inc.	2006 QCCS 3777, [2006] R.J.Q. 1883	316
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.	[1974] A.C. 273	428
Attorney General of Quebec v. Carrières Ste Thérèse Ltée	[1985] 1 S.C.R. 831	168
Augustus v. Gosset	[1996] 3 S.C.R. 268	348
Aventis Pasteur Ltd. v. Canada (Attorney General)	2004 FC 1371, 262 F.T.R. 73	118
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	259
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	82, 253, 414
Bangoura v. Washington Post	(2005), 258 D.L.R. (4th) 341	651
Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.	(2003), 9 B.L.R. (4th) 316	645
Beals v. Saldanha	2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416	592
Beauchamp v. Relais Toyota inc.	[1995] R.J.Q. 741	306
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de ser- vices publics inc.	[1996] 2 S.C.R. 345	328
Bell v. Ontario Human Rights Commission	[1971] S.C.R. 756	373
Bell v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 212	12
Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada	[1999] 1 F.C. 113	377
Bitove Corp. v. Canada (Minister of Transport)	(1996), 119 F.T.R. 278	118

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Blank v. Canada (Minister of the Environment)	2007 FCA 289, 368 N.R. 279	123
Boissonneault v. Banque de Montréal	[1988] R.J.Q. 2622	314
Brais v. R.	2009 QCCS 1212, [2009] R.J.Q. 1092	538
Breeden v. Black	2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666	585
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	588
British Columbia (Attorney General) v. Malik	2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657	733
Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	2004 FCA 214, 322 N.R. 388	107
C		
C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)	2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332	382
Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)	[1997] 3 S.C.R. 440	383
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	382
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	14, 383
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)	2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66	55
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)	2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306	55
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)	[1993] 1 F.C. 427	72
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General) ...	[1988] 3 F.C. 551	124
Canada (National Research Council) v. Zhou	2009 FC 164 (CanLII)	389
Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)	[1989] 1 F.C. 47	70
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	416
Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)	[1996] 3 F.C. 609	42
Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)	[1995] 2 F.C. 110	42
Canada Post Corp. v. National Capital Commission	2002 FCT 700, 221 F.T.R. 56	118
Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)	(1990), 71 O.R. (2d) 341	248
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission)	2007 FCA 272, [2008] 2 F.C.R. 509	127
Canadian National Railway Co. v. Fraser Fort George (Regional District)	(1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81	12
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	414, 382
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission	[1978] 2 S.C.R. 141	147
Castillo v. Castillo	2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870	588
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)	2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5	386, 405
Centre d'économie en chauffage Turcotte inc. v. Ferland	[2003] J.Q. n° 18096 (QL)	306
Chamberlain v. Surrey School District No. 36	2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710	255, 260, 412
Champagne v. Toitures Couture et Associés inc.	[2002] R.J.Q. 2863	337
Charron Estate v. Village Resorts Ltd.	2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721	643, 675
Chartier v. Meubles Léon ltée	2003 CanLII 7749	317
Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)	2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139	107

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Chrysler Canada Ltée v. Poulin	1988 CanLII 1001	306
Club Resorts Ltd. v. Van Breda	2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572	641, 671
Commission scolaire Des Chênes v. Ministre du Revenu national	2001 FCA 264, 286 N.R. 264	712
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)	2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650	244, 261
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	377
Coopérative fédérée du Québec v. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)	(2000), 180 F.T.R. 205	120
Coradix Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	2006 FC 1030, 307 F.T.R. 116	118
Corp. des Loisirs de Neufchâtel v. R.	2006 TCC 339, [2008] G.S.T.C. 153	713
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	384
Coutu v. Gauthier Estate	2006 NBCA 16, 296 N.B.R. (2d) 34	603
Cowan v. Aylward	2002 NSCA 76, 205 N.S.R. (2d) 324	377
Crookes v. Newton	2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269	641
Crossley Carpets (Canada) Ltd. v. M.N.R.	(1967), 67 D.T.C. 522	524
Culver v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	1999 CanLII 8959	118
Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health & Welfare)	(1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161	113

D

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	415
Dagg v. Canada (Minister of Finance)	[1997] 2 S.C.R. 403	42
Darveau v. 9034-9770 Québec inc.	2005 CanLII 41136	334
De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe	[1906] A.C. 455	523
de Montigny v. Brossard (Succession)	2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64	328
Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.	(1984), 48 O.R. (2d) 266	734
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	422
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	11, 127, 378, 415

E

Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.	2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636	585, 684
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	415
Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada ...	(1891), 20 S.C.R. 83	146

F

F.H. v. McDougall	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41	72
Fewer v. Ellis	2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39	603
Finney v. Barreau du Québec	2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17	353
Fondation québécoise du cancer v. Patenaude	2006 QCCA 1554, [2007] R.R.A. 5	347

G

Gajraj v. DeBernardo	(2002), 60 O.R. (3d) 68	602
----------------------------	-------------------------------	-----

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Gastonguay v. Entreprises D. L. Paysagiste	2004 CanLII 31925	336
Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	347
Gin Max Enterprises Inc. v. R.	2007 TCC 223, [2007] G.S.T.C. 56	705
Grant v. Torstar Corp.	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640	420
Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component	2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295	418
Green v. Human Rights Commission (N.S.)	2011 NSCA 47, 303 N.S.R. (2d) 211	377
H		
H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)	2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441	60
H.L. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401	327
Hidden Valley Golf Resort Assn. v. R.	[2000] G.S.T.C. 42	703
Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706	109
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	329, 419, 661, 686
Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)	(1997), 164 N.S.R. (2d) 161	653
Histed v. Law Society of Manitoba	2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74	428
Hlushak v. Fort McMurray (City)	(1982), 37 A.R. 149	12
Hollington v. F. Hewthorn & Co.	[1943] 1 K.B. 587	732
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	55, 126, 193, 327
Hunt v. T&N plc	[1993] 4 S.C.R. 289	590
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	541
I		
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	18, 243
Information Commissioner (Can.) v. Immigration and Refugee Board (Can.)	(1997), 140 F.T.R. 140	108
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)	[1987] 1 S.C.R. 181	383
J		
Jabraian v. Trévi Fabrication Inc.	2005 CanLII 10580	334
Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)	2007 FCA 252, 367 N.R. 134	91, 133
Jenner v. Sun Oil Co.	[1952] 2 D.L.R. 526	662
K		
Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.	1999 CanLII 13530	321
Kruse v. Johnson	[1898] 2 Q.B. 91	15
Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration	[1982] 2 S.C.R. 856	110
L		
Lafontaine v. La Source d'eau Val-d'Or inc.	2001 CanLII 10566	334
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	416

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Lambert v. Macara	[2004] R.J.Q. 2637	348
Lambert v. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.	[1998] R.J.Q. 1740	334
Landry v. Quesnel	[2002] R.J.Q. 80	342
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773	108
Law Society of New Brunswick v. Ryan	2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247	421
Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. v. Edmonton (City)	(1993), 146 A.R. 37	15
Lemmex v. Bernard	(2002), 60 O.R. (3d) 54	602
Les viandes du Breton Inc. v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)	2006 FC 335 (CanLII)	96
Leufkens v. Alba Tours International Inc.	(2002), 60 O.R. (3d) 84	602
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120	415
Losenno v. Ontario Human Rights Commission	(2005), 78 O.R. (3d) 161	378
M		
Maislin Industries Ltd. v. Minister for Industry, Trade and Commerce	[1984] 1 F.C. 939	70
Marcotte v. Banque de Montréal	2009 QCCS 2764 (CanLII)	298
Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec	2009 QCCS 2743 (CanLII)	298
Maritime Life Assurance Co. v. R.	[2000] G.S.T.C. 89	705
Martin v. Rénovations métropolitaines (Québec) ltée	2006 QCCQ 1760 (CanLII)	334
Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.	2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387	294
Mathurin v. 3086-9069 Québec Inc.	2003 CanLII 19131	336
Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.	2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772	296
McLean v. Pettigrew	[1945] S.C.R. 62	596
Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)	2003 FC 1422 (CanLII)	55
Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Health) ...	2002 FCA 35 (CanLII)	127
Mondesir v. Manitoba Assn. of Optometrists	(1998), 163 D.L.R. (4th) 703	383
Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1989] 1 F.C. 143	124
Mooring v. Canada (National Parole Board)	[1996] 1 S.C.R. 75	423
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 S.C.R. 393	590
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	590, 645
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256	258, 410
Muscutt v. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	583, 643, 676
N		
Németh v. Canada (Justice)	2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281	416
Nichols v. Toyota Drummondville (1982) inc.	[1995] R.J.Q. 746	282
O		
O.A. Brown Ltd. v. Canada	[1995] G.S.T.C. 40	703
O’Flanagan v. Rossland (City)	2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40	12
Olde v. Capital Publishing Ltd. Partnership	(1996), 5 C.P.C. (4th) 95	659

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	382
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815	42, 412
Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.	1998 CanLII 13001	625, 681
Option Consommateurs v. Brick Warehouse, Ip.	2011 QCCS 569 (CanLII)	291
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	82
Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)	[1989] 2 F.C. 480	107
P		
P.G. du Québec v. Louis Bédard Inc.	1986 CarswellQue 981	297
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)	2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919	14
Paulsson v. Cooper	2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28	651
Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528	412
Potter v. Nova Scotia Securities Commission	2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1	383
Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610	127
Prebushewski v. Dodge City Auto (1984) Ltd.	2005 SCC 28, [2005] 1 S.C.R. 649	287
Procureur général du Québec v. Boisclair	[2001] R.J.Q. 2449	347
Proviso Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.	1997 CanLII 10209	342
Prud'homme v. Agence canadienne de développement international	(1994), 85 F.T.R. 302	118
Psychologist Y v. Board of Examiners in Psychology	2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273	383
Q		
Québec (Procureur général) v. Distribution Canovex Inc.	[1996] J.Q. n° 5302 (QL)	291
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	342
R		
R. v. A. (K.)	(1999), 137 C.C.C. (3d) 554	180
R. v. A.G.	2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439	751
R. v. Abraham	2000 ABCA 159, 261 A.R. 192	485
R. v. Andres	2002 SKCA 98, 223 Sask. R. 121	482
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	551
R. v. Arp	[1998] 3 S.C.R. 339	724
R. v. Bannerman	(1966), 48 C.R. 110	167
R. v. Beaudry	2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190	750
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	381
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	247, 261
R. v. Binias	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	750, 755
R. v. Brasier	(1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202	166
R. v. Brouillard	2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218	180
R. v. Burke	[1996] 1 S.C.R. 474	751
R. v. Caron	(1994), 72 O.A.C. 287	185
R. v. Carrière	(2002), 164 C.C.C. (3d) 569	484

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	381
R. v. Colgate-Palmolive Ltd.	[1970] 1 C.C.C. 100	289
R. v. Collins	2011 ONCA 182, 277 O.A.C. 88	483
R. v. Conway	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765	415
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	737
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	419
R. v. Deacon	2004 BCCA 78, 193 B.C.A.C. 228	466
R. v. Deacon	2008 CanLII 78109	538
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	541
R. v. Duong	(1998), 39 O.R. (3d) 161	727
R. v. E.E.D.	2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192	180
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	247
R. v. Farley	(1995), 23 O.R. (3d) 445	180
R. v. Feeny	[1997] 2 S.C.R. 13	542
R. v. Felderhof	(2003), 68 O.R. (3d) 481	428
R. v. Ferguson	(1996), 112 C.C.C. (3d) 342	180
R. v. Find	2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863	211
R. v. Finlay and Grellette	(1985), 52 O.R. (2d) 632	562
R. v. Fisher	2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138	736
R. v. Galbraith	(1989), 49 C.C.C. (3d) 178	559
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	443, 501
R. v. Gladue	1999 ABCA 279, 46 M.V.R. (3d) 183	482
R. v. Godoy	[1999] 1 S.C.R. 311	542
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	548
R. v. Handy	2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908	724
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	82, 612
R. v. Imperial Tobacco Products Ltd.	[1971] 5 W.W.R. 409	297
R. v. Jack	2008 BCCA 437, 261 B.C.A.C. 245	483
R. v. James	(2006), 84 O.R. (3d) 227	736
R. v. Jensen	(2005), 196 O.A.C. 119	485
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	250
R. v. Kakekagamick	(2006), 214 O.A.C. 127	485
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	547
R. v. Khan	(1988), 42 C.C.C. (3d) 197	171
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	194
R. v. Khelawon	2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787	221
R. v. Kopyto	(1987), 62 O.R. (2d) 449	428
R. v. L.M.	2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163	462
R. v. Laliberte	2000 SKCA 27, 189 Sask. R. 190	469
R. v. Lanthier	2001 CanLII 9351	405
R. v. Laudicina	(1990), 53 C.C.C. (3d) 281	560
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	459
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	458, 505
R. v. Mahalingan	2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316	729
R. v. Mann	2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59	542
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223	205
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	552
R. v. McGovern	(1993), 82 C.C.C. (3d) 301	180
R. v. Mentuck	2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442	416
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	219

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Moldovan	2009 CanLII 58062	538
R. v. Nasogaluak	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206	456, 510
R. v. Nelson	[2007] O.J. No. 5704 (QL)	463
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	547
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	413, 569
R. v. P.M.F.	(1992), 115 N.S.R. (2d) 38	180
R. v. Parrott	(1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89	180
R. v. Parrott	2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178	219
R. v. Pires	2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343	740
R. v. Poucette	1999 ABCA 305, 250 A.R. 55	482
R. v. Prosper	[1994] 3 S.C.R. 236.....	548
R. v. R.J.B.	2000 ABCA 103, 255 A.R. 301	180
R. v. Riley	(2008), 174 C.R.R. (2d) 250	538
R. v. Riley	(2008), 174 C.R.R. (2d) 288	538
R. v. Rockey	[1996] 3 S.C.R. 829	180, 194
R. v. S.M.S.	(1995), 160 N.B.R. (2d) 182	180
R. v. Silveira	[1995] 2 S.C.R. 297	548
R. v. Sinclair	2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3	750, 756
R. v. Skani	2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50	477
R. v. Snow	(2004), 73 O.R. (3d) 40	736
R. v. Solowan	2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309	456
R. v. Spence	2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458	211
R. v. Stewart	[1988] 1 S.C.R. 963	76
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	419
R. v. Tarnopolsky, Ex parte Bell	[1970] 2 O.R. 672	379
R. v. Tottenham and District Rent Tribunal, Ex parte Northfield (Highgate) Ltd.	[1957] 1 Q.B. 103	380
R. v. Vermette	2001 MBCA 64, 156 Man. R. (2d) 120	476
R. v. W. (H.P.)	2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20	463, 500
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	755
R. v. Wells	2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207	476
R. v. Wiggins	[1990] 1 S.C.R. 62	545
R. v. Wilmott	(1966), 58 D.L.R. (2d) 33	456
R. v. Yebeas	[1987] 2 S.C.R. 168	750, 755
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	543
R. I. Crain Ltd. v. Ashton	[1949] O.R. 303	77
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156	420
Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)	(1985), 7 A.L.D. 584	112
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	457
Re Del Core and Ontario College of Pharmacists	(1985), 51 O.R. (2d) 1	734
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445	698
Riendeau v. Brault & Martineau inc.	2007 QCCS 4603, [2007] R.J.Q. 2620	298
Ritholz v. Manitoba Optometric Society	(1959), 21 D.L.R. (2d) 542	12
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	59, 165, 204
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	426
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	415
Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)	[1989] 1 F.C. 265	70

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Rubin v. Canada (Minister of Health)	2003 FCA 37, 300 N.R. 179	127
S		
Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)	(1990), 67 D.L.R. (4th) 315	107
Santangeli v. 154995 Canada Inc.	2005 CanLII 32103	334
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	570
Schreiber v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269	82
Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option Consommateurs	2006 QCCA 1319 (CanLII)	315
Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.	(2002), 60 O.R. (3d) 76	602
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	412
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	552
SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)	2007 FCA 397, 77 Admin. L.R. (4th) 1	127
SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)	(1994), 79 F.T.R. 113	62
Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)	(1994), 56 C.P.R. (3d) 58	75
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers	2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427	146
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205	597
Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.	[1987] 1 A.C. 460	623
Stoffman v. Vancouver General Hospital	[1990] 3 S.C.R. 483	415
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	418
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1989] 2 S.C.R. 879	377
Syndicat Northcrest v. Amselem	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551	249, 258
Systèmes Techno-Pompes inc. v. Tremblay	2006 QCCA 987, [2006] R.J.Q. 1791	336
Szczeka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1993), 170 N.R. 58	383
T		
Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters	2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321	625, 680
The King v. British Columbia Electric Railway Co.	[1945] C.T.C. 162	524
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	253
Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 106	12
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	596, 658
Tremblay v. Ameublements Tanguay inc.	2011 QCCS 3078 (CanLII)	291
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers	2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772	416
Turgeon v. Germain Pelletier Ltée	[2001] R.J.Q. 291	297
Twinn v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)	[1987] 3 F.C. 368	59
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibault	[1988] 2 S.C.R. 1048	382

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
U.F.C.W., Local 1400 v. Wal-Mart Canada Corp.	2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397	383
Underwood v. Ocean City Realty Ltd.	(1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199	129
Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia	2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63	588
Unit Construction Co. v. Bullock	[1960] A.C. 351	524
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	415
V		
Van de Perre v. Edwards	2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014	85
Vancouver (City) v. British Columbia (Assessment Appeal Board)	(1996), 135 D.L.R. (4th) 48	383
Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée	2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824	294
Violette v. New Brunswick Dental Society	2004 NBCA 1, 267 N.B.R. (2d) 205	383
Visram v. Chandarana	2007 CanLII 28334	657
Voltec ltée v. CJMF FM ltée	[2002] R.R.A. 1078	347
Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1085	329
W		
Watt v. Forests	[2007] NSWADT 197 (AustLII)	112
Wells v. Canada (Minister of Transport)	(1995), 103 F.T.R. 17	118
Westcoast Energy Inc. v. Peace River (Regional District)	(1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45	12
Whiten v. Pilot Insurance Co.	2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595	329
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.	2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519	552
Y		
Young v. Tyco International of Canada Ltd.	2008 ONCA 709, 92 O.R. (3d) 161	652
Z		
Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.	2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450	362
Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists	2005 SCC 77, [2005] 3 S.C.R. 645	127
Zingre v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 392	82
Zündel v. Canada (Attorney General)	[1999] 4 F.C. 289	377
Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)	(1988), 65 O.R. (2d) 641	248

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)	2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421	128
9029-4596 Québec inc. c. Duplantie	[1999] R.J.Q. 3059	306

A

A.C.E.F. Sud-Ouest de Montréal c. Arrangements alternatifs de crédit du Québec Inc.	[1994] R.J.Q. 114	306
AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)	1998 CanLII 8942	118
Adams c. Amex Bank of Canada	2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746	298
Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72	416
Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)	[1989] A.C.F. n° 453 (QL)	55, 128
Air Canada c. Lorenz	[2000] 1 C.F. 494	383
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567	258, 418
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	384
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 R.C.S. 897	600, 683
Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.	[1948] 1 K.B. 223	15
AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)	2005 CF 189 (CanLII)	71
AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)	2005 CF 648 (CanLII)	72
Ata c. 9118-8169 Québec Inc.	2006 QCCS 3777, [2006] R.J.Q. 1883	316
Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.	[1974] A.C. 273	428
Augustus c. Gosset	[1996] 3 R.C.S. 268	348
Aventis Pasteur Ltée c. Canada (Procureur général)	2004 CF 1371 (CanLII)	118

B

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	259
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	82, 253, 414
Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1989] 1 C.F. 143	124
Bangoura c. Washington Post	(2005), 258 D.L.R. (4th) 341	651
Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)	2007 CAF 272, [2008] 2 R.C.F. 509	127
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247	421
Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.	(2003), 9 B.L.R. (4th) 316	645
Beals c. Saldanha	2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416	592
Beauchamp c. Relais Toyota inc.	[1995] R.J.Q. 741	306
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 R.C.S. 345	328
Bell c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 212	12
Bell c. Ontario Human Rights Commission	[1971] R.C.S. 756	373

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier	[1999] 1 C.F. 113	377
Bitove Corp. c. Canada (Ministre des Transports)	[1996] A.C.F. n° 1198 (QL)	118
Blank c. Canada (Environnement)	2007 CAF 289 (CanLII)	123
Boissonneault c. Banque de Montréal	[1988] R.J.Q. 2622	314
Brais c. R.	2009 QCCS 1212, [2009] R.J.Q. 1092	538
Breeden c. Black	2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666	585
Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)	2004 CAF 214 (CanLII)	107

C

C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)	2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332	382
Canada c. Maritime Life Assurance Co.	2000 CanLII 16374	705
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	14, 383
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)	2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66	55
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)	[1997] A.C.F. n° 1812 (QL)	108
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306	55
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)	[1993] 1 C.F. 427	72
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)	[1988] 3 C.F. 551	124
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 3 C.F. 609	42
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	382
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	416
Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)	[1997] 3 R.C.S. 440	383
Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)	[1989] 1 C.F. 47	70
Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education) ...	(1990), 71 O.R. (2d) 341	248
Canadian National Railway Co. c. Fraser Fort George (Regional District)	(1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81	12
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio Télévision canadienne	[1978] 2 R.C.S. 141	147
Castillo c. Castillo	2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870	588
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)	2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5	386, 405
Centre d'économie en chauffage Turcotte inc. c. Ferland	[2003] J.Q. n° 18096 (QL)	306
Chamberlain c. Surrey School District No. 36	2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710 ...	255, 260, 412
Champagne c. Toitures Couture et Associés inc.	[2002] R.J.Q. 2863	337
Charron Estate c. Village Resorts Ltd.	2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721	643, 676
Chartier c. Meubles Léon ltée	2003 CanLII 7749	317
Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)	2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139	107
Chrysler Canada Ltée c. Poulin	1988 CanLII 1001	306

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)	2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441	60
Club Resorts Ltd. c. Van Breda	2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572	641, 671
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	588
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik	2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657	733
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	382
Commission scolaire Des Chênes c. Ministre du Revenu national	2001 CAF 264, 286 N.R. 264	712
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)	2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650	244, 261
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	384
Conseil national de recherches du Canada c. Zhou	2009 CF 164 (CanLII)	389
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	377
Coopérative fédérée du Québec c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)	(2000), 180 F.T.R. 205	120
Coradix Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)	2006 CF 1030 (CanLII)	118
Corp. des Loisirs de Neufchâtel c. R.	2006 CCI 339, [2006] G.S.T.C. 74	713
Coutu c. Gauthier Estate	2006 NBCA 16, 296 R.N.-B. (2 ^e) 34	603
Cowan c. Aylward	2002 NSCA 76, 205 N.S.R. (2d) 324	377
Crookes c. Newton	2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269	641
Crossley Carpets (Canada) Ltd. c. M.N.R.	(1967), 67 D.T.C. 522	524
Culver c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)	1999 CanLII 8959	118
Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)	[1992] A.C.F. n° 950 (QL)	113

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	415
Dagg c. Canada (Ministre des Finances)	[1997] 2 R.C.S. 403	42
Darveau c. 9034-9770 Québec inc.	2005 CanLII 41136	334
De Beers Consolidated Mines, Ltd. c. Howe	[1906] A.C. 455	523
de Montigny c. Brossard (Succession)	2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64	328
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)	2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248	543
Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.	(1984), 48 O.R. (2d) 266	734
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College	[1990] 3 R.C.S. 570	422
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	11, 127, 378, 415

E

Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.	2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636	585, 684
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	415
Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada	(1891), 20 R.C.S. 83	146
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	416

F

F.H. c. McDougall	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41	72
-------------------------	---------------------------------------	----

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Fewer c. Ellis	2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39	603
Finney c. Barreau du Québec	2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17	353
Fondation québécoise du cancer c. Patenaude	2006 QCCA 1554, [2007] R.R.A. 5	347
G		
Gajraj c. DeBernardo	(2002), 60 O.R. (3d) 68	602
Gastonguay c. Entreprises D. L. Paysagiste	2004 CanLII 31925	336
Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	347
Gin Max Enterprises Inc. c. La Reine	2007 CCI 223 (CanLII)	705
Grant c. Torstar Corp.	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640	420
Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique	2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295	418
Green c. Human Rights Commission (N.S.)	2011 NSCA 47, 303 N.S.R. (2d) 211	377
H		
H.L. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401	327
Hidden Valley Golf Resort Assn. c. Canada	2000 CanLII 15583	703
Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706	109
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	329, 419, 661, 686
Hiltz and Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General)	(1997), 164 N.S.R. (2d) 161	654
Histed c. Law Society of Manitoba	2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74	428
Hlushak c. Fort McMurray (City)	(1982), 37 A.R. 149	13
Hollington c. F. Hewthorn & Co.	[1943] 1 K.B. 587	732
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	55, 126, 193, 327
Hunt c. T&N plc	[1993] 4 R.C.S. 289	590
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	541
I		
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	18, 243
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1987] 1 R.C.S. 181	383
J		
Jabraian c. Trévi Fabrication Inc.	2005 CanLII 10580	334
Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)	2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n ^o 927 (QL)	91, 133
Jenner c. Sun Oil Co.	[1952] 2 D.L.R. 526	662
K		
Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.	1999 CanLII 13530	321
Kruse c. Johnson	[1898] 2 Q.B. 91	15
Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1982] 2 R.C.S. 856	111

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
L		
Lafontaine c. La Source d'eau Val-d'Or inc.	2001 CanLII 10566	334
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	416
Lambert c. Macara	[2004] R.J.Q. 2637	348
Lambert c. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.	[1998] R.J.Q. 1740	334
Landry c. Quesnel	[2002] R.J.Q. 80	342
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773	108
Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. c. Edmonton (City)	(1993), 146 A.R. 37	15
Lemmex c. Bernard	(2002), 60 O.R. (3d) 54	602
Leufkens c. Alba Tours International Inc.	(2002), 60 O.R. (3d) 84	602
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)	2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120	416
Losenno c. Ontario Human Rights Commission	(2005), 78 O.R. (3d) 161	378
M		
Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce	[1984] 1 C.F. 939	70
Marcotte c. Banque de Montréal	2009 QCCS 2764 (CanLII)	298
Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec	2009 QCCS 2743 (CanLII)	298
Martin c. Rénovations métropolitaines (Québec) ltée	2006 QCCQ 1760 (CanLII)	334
Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.	2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387	294
Mathurin c. 3086-9069 Québec Inc.	2003 CanLII 19131	336
Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.	2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772	296
McLean c. Pettigrew	[1945] R.C.S. 62	596
Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)	2003 CF 1422 (CanLII)	55
Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale)	2002 CAF 35 (CanLII)	127
Mondesir c. Manitoba Assn. of Optometrists	(1998), 163 D.L.R. (4th) 703	383
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	[1996] 1 R.C.S. 75	426
Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 R.C.S. 393	590
Morguard Investments Ltd. c. De Savoye	[1990] 3 R.C.S. 1077	590, 645
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256	258, 410
Muscutt c. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	583, 643, 676
N		
Németh c. Canada (Justice)	2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281	416
Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.	[1995] R.J.Q. 746	282
O		
O.A. Brown Ltd. c. Canada	[1995] A.C.I. n° 678 (QL)	703
O'Flanagan c. Rossland (City)	2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40	12
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W. ...	2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519	552
Olde c. Capital Publishing Ltd. Partnership	(1996), 5 C.P.C. (4th) 95	659

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815	42, 412
Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.	1998 CanLII 13001	625, 681
Option Consommateurs c. Brick Warehouse, l.p.	2011 QCCS 569 (CanLII)	291
Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)	[1989] 2 C.F. 480	107
P		
P.G. du Québec c. Louis Bédard Inc.	1986 CarswellQue 981	297
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)	2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919	14
Paulsson c. Cooper	2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28	651
Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528	412
Potter c. Nova Scotia Securities Commission	2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1	383
Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)	2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610	127
Prebushewski c. Dodge City Auto (1984) Ltd.	2005 CSC 28, [2005] 1 R.C.S. 649	287
Procureur général du Québec c. Boisclair	[2001] R.J.Q. 2449	347
Procureur général du Québec c. Carrières Ste Thérèse Ltée	[1985] 1 R.C.S. 831	168
Proviso Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.	[1998] R.J.Q. 47	342
Prud'homme c. Agence canadienne de développement international	(1994), 85 F.T.R. 302	118
Psychologist Y c. Board of Examiners in Psychology	2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273	383
Q		
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	342
Québec (Procureur général) c. Distribution Canovex Inc.	[1996] J.Q. n° 5302 (QL)	291
R		
R. c. A. (K.)	(1999), 137 C.C.C. (3d) 554	180
R. c. A.G.	2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439	751
R. c. Abraham	2000 ABCA 159, 261 A.R. 192	485
R. c. Andres	2002 SKCA 98, 223 Sask. R. 121	482
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	551
R. c. Arp	[1998] 3 R.C.S. 339	724
R. c. Bannerman	(1966), 48 C.R. 110	167
R. c. Beaudry	2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190	750
R. c. Bernard	[1988] 2 R.C.S. 833	381
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	247, 261
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	750, 755
R. c. Brasier	(1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202	166
R. c. Brouillard	2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218	180
R. c. Burke	[1996] 1 R.C.S. 474	751
R. c. Caron	(1994), 72 O.A.C. 287	185
R. c. Carrière	(2002), 164 C.C.C. (3d) 569	484
R. c. Chaulk	[1990] 3 R.C.S. 1303	381

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Colgate-Palmolive Ltd.	[1970] 1 C.C.C. 100	289
R. c. Collins	2011 ONCA 182, 277 O.A.C. 88	483
R. c. Conway	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765	415
R. c. Corbett	[1988] 1 R.C.S. 670	737
R. c. Daviault	[1994] 3 R.C.S. 63	419
R. c. Deacon	2004 BCCA 78, 193 B.C.A.C. 228	466
R. c. Deacon	2008 CanLII 78109	538
R. c. Duarte	[1990] 1 R.C.S. 30	541
R. c. Duong	(1998), 39 O.R. (3d) 161	727
R. c. E.E.D.	2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192	180
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	247
R. c. Farley	(1995), 23 O.R. (3d) 445	180
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 13	542
R. c. Felderhof	(2003), 68 O.R. (3d) 481	428
R. c. Ferguson	(1996), 112 C.C.C. (3d) 342	180
R. c. Find	2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863	211
R. c. Finlay and Grellette	(1985), 52 O.R. (2d) 632	562
R. c. Fisher	2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138	736
R. c. Galbraith	(1989), 49 C.C.C. (3d) 178	559
R. c. Gladue	[1999] 1 R.C.S. 688	443, 501
R. c. Gladue	1999 ABCA 279, 46 M.V.R. (3d) 183	482
R. c. Godoy	[1999] 1 R.C.S. 311	542
R. c. Grant	[1993] 3 R.C.S. 223	548
R. c. Handy	2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908	724
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	82, 612
R. c. Imperial Tobacco Products Ltd.	[1971] 5 W.W.R. 409	297
R. c. Jack	2008 BCCA 437, 261 B.C.A.C. 245	483
R. c. James	(2006), 84 O.R. (3d) 227	736
R. c. Jensen	(2005), 196 O.A.C. 119	485
R. c. Jones	[1986] 2 R.C.S. 284	250
R. c. Kakekagamick	(2006), 214 O.A.C. 127	485
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	547
R. c. Khan	(1988), 42 C.C.C. (3d) 197	171
R. c. Khan	[1990] 2 R.C.S. 531	194
R. c. Khelawon	2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787	221
R. c. Kopyto	(1987), 62 O.R. (2d) 449	428
R. c. L.M.	2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163	462
R. c. Laliberte	2000 SKCA 27, 189 Sask. R. 190	469
R. c. Lanthier	2001 CanLII 9351	405
R. c. Laudicina	(1990), 53 C.C.C. (3d) 281	560
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309	459
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	458, 505
R. c. Mahalingan	2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316	729
R. c. Mann	2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59	542
R. c. Marquard	[1993] 4 R.C.S. 223	205
R. c. McCraw	[1991] 3 R.C.S. 72	552
R. c. McGovern	(1993), 82 C.C.C. (3d) 301	180
R. c. Mentuck	2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442	416
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9	219
R. c. Moldovan	2009 CanLII 58062	538

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Nasogaluak	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206	456, 510
R. c. Nelson	[2007] O.J. No. 5704 (QL)	463
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 R.C.S. 606	547
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	403, 569
R. c. P.M.F.	(1992), 115 N.S.R. (2d) 38	180
R. c. Parrott	(1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89	180
R. c. Parrott	2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178	219
R. c. Pires	2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343	740
R. c. Poucette	1999 ABCA 305, 250 A.R. 55	482
R. c. Prosper	[1994] 3 R.C.S. 236	548
R. c. R.J.B.	2000 ABCA 103, 255 A.R. 301	180
R. c. Riley	(2008), 174 C.R.R. (2d) 250	538
R. c. Riley	(2008), 174 C.R.R. (2d) 288	538
R. c. Rokey	[1996] 3 R.C.S. 829	180, 194
R. c. S.M.S.	(1995), 160 R.N.-B. (2 ^e) 182	180
R. c. Silveira	[1995] 2 R.C.S. 297	548
R. c. Sinclair	2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3	750, 756
R. c. Skani	2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50	478
R. c. Snow	(2004), 73 O.R. (3d) 40	736
R. c. Solowan	2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309	456
R. c. Spence	2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458	211
R. c. Stewart	[1988] 1 R.C.S. 963	76
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	419
R. c. Tarnopolsky, Ex parte Bell	[1970] 2 O.R. 672	379
R. c. Tottenham and District Rent Tribunal, Ex parte Northfield (Highgate) Ltd.	[1957] 1 Q.B. 103	380
R. c. Vermette	2001 MBCA 64, 156 Man. R. (2d) 120	476
R. c. W. (H.P.)	2003 ABCA 131, 18 Alta. L.R. (4th) 20	463, 500
R. c. W. (R.)	[1992] 2 R.C.S. 122	755
R. c. Wells	2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207	476
R. c. Wiggins	[1990] 1 R.C.S. 62	545
R. c. Wilmott	(1966), 58 D.L.R. (2d) 33	456
R. c. Yebe	[1987] 2 R.C.S. 168	750, 755
R. c. Zundel	[1992] 2 R.C.S. 731	543
R. I. Crain Ltd. c. Ashton	[1949] O.R. 303	77
Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)	(1985), 7 A.L.D. 584	112
Re Del Core and Ontario College of Pharmacists	(1985), 51 O.R. (2d) 1	734
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445	698
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	457
Riendeau c. Brault & Martineau inc.	2007 QCCS 4603, [2007] R.J.Q. 2620	298
Ritholz c. Manitoba Optometric Society	(1959), 21 D.L.R. (2d) 542	13
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	59, 165, 204
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	426
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	415
Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)	2003 CAF 37 (CanLII)	127
Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de loge- ment)	[1989] 1 C.F. 265	70

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOVI	PAGE
S		
S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156	420
Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnement et Services)	[1990] A.C.F. n° 81 (QL)	107
Santangeli c. 154995 Canada Inc.	2005 CanLII 32103	334
Schachter c. Canada	[1992] 2 R.C.S. 679	570
Schreiber c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269	82
Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option Consommateurs	2006 QCCA 1319 (CanLII)	315
Sinclair c. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.	(2002), 60 O.R. (3d) 76	602
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	412
Smith c. Jones	[1999] 1 R.C.S. 455	552
SNC Lavalin Inc. c. Canada (Coopération internationale)	2007 CAF 397 (CanLII)	127
SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)	[1994] A.C.F. n° 1059 (QL)	62
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet	2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427	146
Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)	[1995] 2 C.F. 110	42
Société canadienne des postes c. Commission de la capitale nationale	2002 CFPI 700 (CanLII)	118
Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)	[1994] A.C.F. n° 589 (QL)	75
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.	2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205	597
Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.	[1987] 1 A.C. 460	623
Stoffman c. Vancouver General Hospital	[1990] 3 R.C.S. 483	415
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	82
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	418
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	382, 414
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879	377
Syndicat Northcrest c. Amselem	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551	249, 258
Systèmes Techno-Pompes inc. c. Tremblay	2006 QCCA 987, [2006] R.J.Q. 1791	336
Szczeczka c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	(1993), 170 N.R. 58	383
T		
Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters	2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321	625, 680
The King c. British Columbia Electric Railway Co.	[1945] C.T.C. 162	524
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	253
Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 106	12
Tolofson c. Jensen	[1994] 3 R.C.S. 1022	596, 658
Tremblay c. Ameublements Tanguay inc.	2011 QCCS 3078 (CanLII)	291
Turgeon c. Germain Pelletier ltée	[2001] R.J.Q. 291	298
Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1987] 3 C.F. 368	59

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
U		
U.E.S., local 298 c. Bibeault	[1988] 2 R.C.S. 1048	382
U.F.C.W., Local 1400 c. Wal-Mart Canada Corp.	2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397	383
Underwood c. Ocean City Realty Ltd.	(1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199	129
Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia	2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63	588
Unit Construction Co. c. Bullock	[1960] A.C. 351	524
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers...	2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772	416
V		
Van de Perre c. Edwards	2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014	85
Vancouver (City) c. British Columbia (Assessment Appeal Board)	(1996), 135 D.L.R. (4th) 48	383
Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée	2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824	294
Viandes du Breton Inc. c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)	2006 CF 335 (CanLII)	96
Violette c. New Brunswick Dental Society	2004 NBCA 1, 267 R.N.-B. (2 ^e) 205	383
Visram c. Chandarana	2007 CanLII 28334	657
Voltec ltée c. CJMF FM ltée	[2002] R.R.A. 1078	347
Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia	[1989] 1 R.C.S. 1085	329
W		
Watt c. Forests	[2007] NSWADT 197 (AustLII)	112
Wells c. Canada (Ministre des Transports)	[1995] A.C.F. n ^o 1447 (QL)	118
Westcoast Energy Inc. c. Peace River (Regional District)	(1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45	12
Whiten c. Pilot Insurance Co.	2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595	329
Y		
Young c. Tyco International of Canada Ltd.	2008 ONCA 709, 92 O.R. (3d) 161	652
Z		
Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.	2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450	362
Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists	2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645	127
Zingre c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 392	82
Zündel c. Canada (Procureur général)	[1999] 4 C.F. 289	377
Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)	(1988), 65 O.R. (2d) 641	248

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Access to Information Act</i> , R.S.C. 1985, c. A-1		<i>Code of ethics of advocates</i> , R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1	
s. 20(1).....	23	art. 2.03	395
s. 25.....	23	<i>Community Charter</i> , S.B.C. 2003, c. 26	
s. 27.....	23	s. 197	5
s. 28.....	23	<i>Consumer Protection Act</i> , R.S.Q., c. P-40.1	
s. 44.....	23	s. 218	265
B			
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3		s. 219	265
s. 69.....	3	s. 228.....	265
s. 70.....	3	s. 238(c).....	265
<i>Broadcasting Act</i> , S.C. 1991, c. 11		s. 253.....	265
s. 2.....	142	s. 272.....	265
s. 3.....	142	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
C			
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		s. 184.4.....	531
s. 16.....	149	s. 185.....	531
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 186.....	531
s. 1.....	395, 531	s. 188.....	531
s. 2(a).....	235	s. 686(1)(a)(i).....	746
s. 2(b).....	395	s. 718.2.....	433
s. 8.....	531	E	
<i>Charter of human rights and freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12		<i>Education Act</i> , R.S.Q., c. I-13.3	
s. 3.....	235	s. 222.....	235
<i>City Transportation Act</i> , R.S.A. 2000, c. C-14	689	<i>Excise Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-15	
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64		s. 123(1).....	689
art. 1621	265	s. 169(1).....	689
R			
		s. 317(3).....	3
		Sched. V, Part VI	
		s. 1.....	689
		s. 24.....	689
		R	
		<i>Rules of Civil Procedure</i> , R.R.O. 1990, Reg. 194	
		r. 21.01(3)(a).....	359

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur l'instruction publique, L.R.Q.,</i> ch. I-13.3	
art. 1	395, 531	art. 222	235
art. 2a)	235	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C.</i> 1985, ch. B-3	
art. 2b)	395	art. 69	3
art. 8	531	art. 70	3
<i>Charte des droits et libertés de la personne,</i> L.R.Q., ch. C-12		<i>Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985,</i> ch. C-5	
art. 3	235	art. 16	149
<i>City Transportation Act, R.S.A. 2000,</i> ch. C-14	689	<i>Loi sur la protection du consommateur,</i> L.R.Q., ch. P-40.1	
<i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i>		art. 218	265
art. 1621	265	art. 219	265
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		art. 228	265
art. 184.4	531	art. 238c)	265
art. 185	531	art. 253	265
art. 186	531	art. 272	265
art. 188	531	<i>Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11</i>	
art. 686(1)a)(i)	746	art. 2	142
art. 718.2	433	art. 3	142
<i>Code de déontologie des avocats, R.R.Q.</i> 1981, ch. B-1, r. 1		<i>Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15</i>	
art. 2.03	395	art. 123(1)	689
<i>Community Charter, S.B.C. 2003, ch. 26</i>		art. 169(1)	689
art. 197	5	art. 317(3)	3
L			
<i>Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985,</i> ch. A-1		ann. V, partie VI	
art. 20(1)	23	art. 1	689
art. 25	23	art. 24	689
art. 27	23	R	
art. 28	23	<i>Règles de procédure civile, R.R.O. 1990,</i>	
art. 44	23	Règl. 194	
		règle 21.01(3)a)	359

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Association du Barreau canadien. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Ottawa : L'Association, 2009 (en ligne : http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf).	428
Australia. Law Reform Commission. Report No. 11. <i>Unfair Publication: Defamation and Privacy</i> . Canberra: Government Publishing Service, 1979.	663
Australie. Law Reform Commission. Report No. 11. <i>Unfair Publication : Defamation and Privacy</i> . Canberra : Government Publishing Service, 1979.	663
Bala, Nicholas, et al. "Brief on Bill C-2: Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System", submitted by the Child Witness Project to the House of Commons Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 2005.	169
Barreau du Haut-Canada. <i>Code de déontologie</i> , mis à jour 28 avril 2011 (en ligne : http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671&langtype=1036).	428
Bastarache, Michel, et al. <i>The Law of Bilingual Interpretation</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	112
Bastarache, Michel, et autres. <i>Le droit de l'interprétation bilingue</i> . Montréal : LexisNexis, 2009.	112
Baudouin, Jean-Louis. « Rapport général », dans <i>Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française</i> , t. 24, <i>La protection des consommateurs</i> . Paris : Dalloz, 1975, 3.	287
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 7 ^e éd., vol. I, <i>Principes généraux</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007.	330
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 6 ^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.	347
Belobaba, Edward P. "Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection" (1977), 15 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 327.	310
Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 <i>R.D. McGill/McGill L.J.</i> 641.	416
Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. "The Chimera of the Real and Substantial Connection Test" (2005), 38 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 373.	593
Brandeis, Louis D. "What Publicity Can Do", <i>Harper's Weekly</i> , vol. 58, December 20, 1913, 10.	35
Briggs, Adrian. <i>The Conflict of Laws</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.	586
Brodeur, Jean-Paul. "On the Sentencing of Aboriginal Offenders: A Reaction to Stenning and Roberts" (2002), 65 <i>Sask. L. Rev.</i> 45.	481

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).	382
Brown, Raymond E. <i>Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States</i> , vol. 5, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 5).	653
Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1987.	680
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.	588
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 20 septembre 1994, p. 5876.	476
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, n^o 1, 2^e sess., 33^e lég., 27 novembre 1986, p. 21, 24 et 33.</i>	207
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, n^o 2, 2^e sess., 33^e lég., 4 décembre 1986, p. 26-27.</i>	206
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, n^o 3, 2^e sess., 33^e lég., 11 décembre 1986, p. 7.</i>	226
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, n^o 62, 1^{re} sess., 35^e lég., 17 novembre 1994, p. 15.</i>	466
Canada. Chambre des communes, <i>Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, n^o 26, 1^{re} sess., 38^e lég., 24 mars 2005, p. 7 (en ligne : www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-F.PDF).</i>	173
Canada. Chambre des communes. <i>Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne, n^o 77, 2^e sess., 37^e lég., 29 octobre 2003, 17:20 (en ligne : www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F).</i>	209
Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada</i> (Commission Archambault). Ottawa : Imprimerie du Roi, 1938.	459
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada</i> . Ottawa : La Commission, 1996.	467
Canada. Department of Justice. <i>Strategies for Managing High-Risk Offenders: Report of the Federal/Provincial/Territorial Task Force on High-Risk Violent Offenders</i> . Ottawa: The Department, 1995.	460
Canada. Health Canada. <i>Therapeutic Products Programme Guideline — Preparation of Human New Drug Submissions</i> . Ottawa: The Department, 1991.	40
Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights, No. 77, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2003, at 17:20 (online: www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E).</i>	209
Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005, p. 7 (online: www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-E.PDF).</i>	173
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5876.	476
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, pp. 21, 24 and 33.</i>	207

Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15</i> , No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986, pp. 26-27.	206
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15</i> , No. 3, 2nd Sess., 33rd Parl., December 11, 1986, p. 7.	226
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs</i> , No. 62, 1st Sess., 35th Parl., November 17, 1994, p. 15.	466
Canada. Ministère de la Justice. <i>Stratégies pour la gestion des délinquants à risque élevé : Rapport du Groupe de travail fédéral/provincial/territorial sur les délinquants violents à risque élevé</i> . Ottawa : Le Ministère, 1995.	460
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada</i> . Ottawa: The Commission, 1996.	467
Canada. Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada. <i>Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada</i> (Archambault Commission). Ottawa: King's Printer, 1938.	459
Canada. Santé Canada. <i>Directives du Programme des produits thérapeutiques — Préparation d'une présentation de drogue nouvelle à usage humain</i> . Ottawa : Le ministère, 1991.	40
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> , n° 44, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 2 juin 1993, p. 44:10.	546
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> , n° 48, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 15 juin 1993, p. 48:16.	546
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> , n° 17, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 23 juin 2005, p. 19.	209
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> , n° 18, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 7 juillet 2005, p. 105-106.	174
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , No. 17, 1st Sess., 38th Parl., June 23, 2005, p. 19.	209
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005, pp. 105-6.	174
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , No. 44, 3rd Sess., 34th Parl., June 2, 1993, p. 44:10.	546
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , No. 48, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1993, p. 48:16.	546
Canadian Bar Association. <i>Code of Professional Conduct</i> . Ottawa: The Association, 2009 (online: http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf).	428
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "expect", "likely".	110
Carter, Mark. "Of Fairness and Faulkner" (2002), 65 <i>Sask. L. Rev.</i> 63.	480
Cartier, Geneviève. "The Baker Effect: A New Interface Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and Administrative Law — The Case of Discretion", in David Dyzenhaus, ed., <i>The Unity of Public Law</i> . Portland, Oregon: Hart, 2004, 61.	413

Castel, Jean-Gabriel. "Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?" (1990), 28 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 153.	663
Castel, Jean-Gabriel. "The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law" (2007), 52 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 555.	588
Code, Michael. "Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System" (2007), 11 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 97.	428
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. <i>Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances</i> (en ligne : http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform_Court_Jurisdiction_+_Proceedings_Transfer_Act_Fr.pdf).	598, 680
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd. Montréal : Thémis, 2009.	212
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	212
Couture, Luc-André. « Rapport sur la protection du consommateur au niveau fédéral en droit pénal canadien », dans <i>Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française</i> , t. 24, <i>La protection des consommateurs</i> . Paris : Dalloz, 1975, 303.	287
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 12th ed. by Colin Tapper. New York : Oxford University Press, 2010.	733
Dallaire, Claude. « La gestion d'une réclamation en dommages exemplaires : éléments essentiels à connaître quant à la nature et l'objectif de cette réparation, les éléments de procédure et de preuve incontournables ainsi que l'évaluation du quantum », dans <i>Congrès annuel du Barreau du Québec (2007)</i> . Montréal : Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2007, 71.	342
Deneault, Alain, avec Delphine Abadie et William Sacher. <i>Noir Canada : Pillage, corruption et criminalité en Afrique</i> . Montréal : Éditions Écosociété, 2008.	642
Doray, Raymond, et François Charette. <i>Accès à l'information : loi annotée : jurisprudence, analyse et commentaires</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2010, envoi n ^o 20).	76
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	204, 543
Dumais, Claude-René. « Une étude des tenants et aboutissants des articles 271 et 272 de la Loi sur la protection du consommateur » (1985), 26 <i>C. de D.</i> 763.	307
Dyzenhaus, David, and Evan Fox-Decent. "Rethinking the Process/Substance Distinction: <i>Baker v. Canada</i> " (2001), 51 <i>U.T.L.J.</i> 193.	414
Emanuelli, Claude. <i>Droit international privé québécois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011.	592
Evans, J. M. "The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 51.	414
Goldstein, Gérard, et Ethel Groffier. <i>Droit international privé</i> , t. I, <i>Théorie générale</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	589
Gratton, Susan L., and Lorne Sossin. "In Search of Coherence: The <i>Charter</i> and Administrative Law under the McLachlin Court", in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., <i>Public Law at the McLachlin Court: The First Decade</i> . Toronto: Irwin Law, 2011, 145.	415
Grimm, Dieter. "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 <i>Cardozo L. Rev.</i> 2369.	244
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.	586

Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).	419
Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. <i>Halsbury's Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	76
Hughes, Roger T., Dino P. Clarizio and Neal Armstrong. <i>Hughes & Woodley on Patents</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2011, release 25).	76
Jackson, Michael. "Locking Up Natives in Canada" (1988-1989), 23 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 215.	467
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Income Tax Law</i> . Toronto: Carswell, 2009.	523
L'Heureux, Nicole. <i>Droit de la consommation</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.	291
L'Heureux, Nicole. « L'interprétation de l'article 272 de la Loi sur la protection du consommateur » (1982), 42 <i>R. du B.</i> 455.	307
L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. <i>Droit de la consommation</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2011.	287
Law Society of Upper Canada. <i>Rules of Professional Conduct</i> , updated April 28, 2011 (online: http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671).	428
Lebeau, Françoise. « La publicité et la protection des consommateurs » (1981), 41 <i>R. du B.</i> 1016.	307
Lemieux, Pierre. <i>Droit administratif : Doctrine et jurisprudence</i> , 5 ^e éd. Sherbrooke : Revue de droit Université de Sherbrooke, 2011.	383
Liston, Mary. "Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> . Toronto: Emond Montgomery, 2008, 77.	414
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> . Montréal : Thémis, 2006.	308
MacKenzie, Gavin. <i>Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline</i> , 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.	428
Manitoba. Commission de réforme du droit. <i>Private International Law</i> , Report #119. Winnipeg : La Commission, 2009.	586
Manitoba. Law Reform Commission. <i>Private International Law</i> , Report #119. Winnipeg: The Commission, 2009.	614
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. <i>Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba</i> , vol. 1, <i>The Justice System and Aboriginal People</i> . Winnipeg: The Inquiry, 1991.	467
Martin, Craig. "Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation" (1997), 31 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 127.	663
Masse, Claude. <i>Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.	292
Monestier, Tanya. "A 'Real and Substantial' Improvement? <i>Van Breda</i> Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario", in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., <i>Annual Review of Civil Litigation, 2010</i> . Toronto: Carswell, 2010, 185.	614
Moon, Richard. "Government Support for Religious Practice", in Richard Moon, ed., <i>Law and Religious Pluralism in Canada</i> . Vancouver: UBC Press, 2008, 217.	252
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.	382
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.	383

Mullan, David. “Administrative Tribunals and Judicial Review of <i>Charter</i> Issues after <i>Multani</i> ” (2006), 21 <i>N.J.C.L.</i> 127.	416
Nahmiash, Laurent. « Le recours collectif et la <i>Loi sur la protection du consommateur</i> : le dol éclairé et non préjudiciable — l’apparence de droit illusoire », dans <i>Développements récents sur les recours collectifs</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 75.	316
Ogilvie, M. H. <i>Religious Institutions and the Law in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2010.	244
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , rev. 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.	737
Parisien, Serge. <i>Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1993.	76
Pelletier, Renée. “The Nullification of Section 718.2(e): Aggravating Aboriginal Over-representation in Canadian Prisons” (2001), 39 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 469.	485
Perell, Paul M., and John W. Morden. <i>The Law of Civil Procedure in Ontario</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.	599
Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. <i>Conflict of Laws</i> . Toronto: Irwin Law, 2010.	586
Price, David, Korih Duodu and Nicola Cain. <i>Defamation: Law, Procedure & Practice</i> , 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2009.	660
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , 2 ^e sess., 35 ^e lég., 26 mars 1997, p. 5993-5994.	245
Québec. Commission royale d’enquête sur l’enseignement dans la province de Québec. <i>Rapport Parent : Rapport de la Commission royale d’enquête sur l’enseignement dans la province de Québec</i> . Québec : La Commission, 1963.	245
Québec. Groupe de travail sur la place de la religion à l’école. <i>Laïcité et religions : Perspective nouvelle pour l’école québécoise</i> (rapport). Québec : Ministère de l’Éducation, 1999.	246
Quebec. Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport. <i>Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth</i> . Québec: The Ministère, 2005.	246
Quebec. Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport. <i>Ethics and Religious Culture</i> . Québec: The Ministère, 2007 (online: http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561560 and http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561568).	253
Québec. Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport. <i>Éthique et culture religieuse</i> . Québec : Le Ministère, 2007 (en ligne : http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561560 et http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561572).	253
Québec. Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport. <i>La mise en place d’un programme d’éthique et de culture religieuse : Une orientation d’avenir pour tous les jeunes du Québec</i> . Québec : Le Ministère, 2005.	246
Quebec. Royal Commission of Inquiry on Education in the Province of Quebec. <i>Parent Report: Report of the Royal Commission of Inquiry on Education in the Province of Québec</i> . Québec: The Commission, 1963.	245
Quebec. Task Force on the Place of Religion in Schools in Québec. <i>Religion in Secular Schools: A New Perspective for Québec</i> (report). Québec: Ministère de l’Éducation, 1999.	246
Quigley, Tim. “Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders”, in Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter, eds., <i>Continuing Poundmaker and Riel’s Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice</i> . Saskatoon: Purich Publishing, 1994, 269.	473
Roach, Kent. “One Step Forward, Two Steps Back: <i>Gladue</i> at Ten and in the Courts of Appeal” (2009), 54 <i>Crim. L.Q.</i> 470.	484

Roberts, Julian V., and Ronald Melchers. "The Incarceration of Aboriginal Offenders: Trends from 1978 to 2001" (2003), 45 <i>Can. J. Crim. & Crim. Just./Rev. can. crim. & jus. pénale</i> 211.	470
Roy, Pauline. <i>Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité civile</i> , thèse de doctorat. Montréal : Université de Montréal, 1995.	308
Rudin, Jonathan. "Aboriginal Over-representation and <i>R. v. Gladue</i> : Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going", in Jamie Cameron and James Stribopoulos, eds., <i>The Charter and Criminal Justice: Twenty-Five Years Later</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008, 687.	470
Rudin, Jonathan. "Addressing Aboriginal Overrepresentation Post- <i>Gladue</i> : A Realistic Assessment of How Social Change Occurs" (2009), 54 <i>Crim. L.Q.</i> 447.	470
Rudin, Jonathan, and Kent Roach. "Broken Promises: A Response to Stenning and Roberts' 'Empty Promises'" (2002), 65 <i>Sask. L. Rev.</i> 3.	473
Stenning, Philip, and Julian V. Roberts. "Empty Promises: Parliament, The Supreme Court, and the Sentencing of Aboriginal Offenders" (2001), 64 <i>Sask. L. Rev.</i> 137.	472
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ...	75, 166, 543
Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. " <i>If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?</i> " <i>Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Cross-border Litigation</i> . Montréal: Thémis, 2001.	625
Uniform Law Conference of Canada. <i>Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> (online: http://www.ulcc.ca/en/us/Uniform_Court_Jurisdiction+_Proceedings_Transfer_Act_En.pdf).	598, 680
Vaver, David. "Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada" (1981), 5 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 253.	76
Walker, Janet. "Reforming the Law of Crossborder Litigation: Judicial Jurisdiction", Consultation Paper, Law Commission of Ontario, March 2009 (online: http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/23003/290663.pdf).	615
Walker, Janet. « Réforme du droit régissant les litiges transfrontaliers : Compétence judiciaire », Document de consultation, Commission du droit de l'Ontario, mars 2009 (en ligne : http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/23003/290664.pdf).	615
Woehrling, José. « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec » (2007), 41 <i>R.J.T.</i> 651.	244
Woehrling, José. « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec », dans Myriam Jézéquel, dir., <i>Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007, 215.	261
Yntema, Hessel E. "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 721.	612

Robert Joseph Kociuk *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*INDEXED AS: **R. v. KOCIUK****2012 SCC 15**

File No.: 34517.

2012: April 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Charge to jury — Murder while committing sexual assault — Trial judge adequately relating evidence to elements of the offence — Trial judge's charge as a whole satisfactorily informing jury of relevant issues and theory of defence — Trial judge not required to put forward speculative fact scenarios of fanciful or far-fetched nature that were not raised by counsel.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Hamilton, Chartier and Beard JJ.A.), 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170, 524 W.A.C. 170, [2011] M.J. No. 340 (QL), 2011 CarswellMan 518, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Leonard J. W. Tailleux, for the appellant.

Ami Kotler, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We agree that the appeal should be dismissed for the reasons of the majority of the Court of Appeal of Manitoba.

Judgment accordingly.

Robert Joseph Kociuk *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*RÉPERTORIÉ : **R. c. KOCIUK****2012 CSC 15**

N° du greffe : 34517.

2012 : 12 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre survenant lors d'une agression sexuelle — Le juge du procès a adéquatement rattaché la preuve aux éléments de l'infraction — Considéré dans son ensemble l'exposé du juge aux jurés les a informés de manière satisfaisante des questions litigieuses pertinentes et de la thèse de la défense — Le juge présidant un procès n'est pas tenu de soumettre au jury des scénarios factuels farfelus ou tirés par les cheveux, qui relèvent de la conjecture et n'ont pas été avancés par les avocats.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Hamilton, Chartier et Beard), 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170, 524 W.A.C. 170, [2011] M.J. No. 340 (QL), 2011 CarswellMan 518, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Leonard J. W. Tailleux, pour l'appelant.

Ami Kotler, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel du Manitoba.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: Legal Aid Manitoba,
Winnipeg.*

*Procureur de l'appelant : Aide juridique
Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General
of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du
Manitoba, Winnipeg.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Yat Fung Albert Tse, Nhan Trong Ly,
Viet Bac Nguyen, Huong Dac Doan,
Daniel Luis Soux and Myles Alexander
Vandrick** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General of
Quebec, Criminal Lawyers' Association
(Ontario), British Columbia Civil Liberties
Association and Canadian Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. TSE**

2012 SCC 16

File No.: 33751.

2011: November 18; 2012: April 13.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Interception of private communications — Police intercepting communications without authorization pursuant to s. 184.4 of Criminal Code on grounds interceptions were immediately necessary to prevent serious harm to person or property and judicial authorization not available with reasonable diligence — Whether s. 184.4 contravenes right to be free from unreasonable search and seizure pursuant to s. 8 of the Charter — Whether provision saved under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 184.4, 185, 186, 188.

This appeal concerns the constitutionality of the emergency wiretap provision, s. 184.4 of the *Criminal*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Yat Fung Albert Tse, Nhan Trong Ly,
Viet Bac Nguyen, Huong Dac Doan,
Daniel Luis Soux et Myles Alexander
Vandrick** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l'Ontario, procureur général du
Québec, Criminal Lawyers' Association
(Ontario), Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique et Association cana-
dienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. TSE**

2012 CSC 16

N° du greffe : 33751.

2011 : 18 novembre; 2012 : 13 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception de communications privées — Interception de communications par la police sans autorisation en vertu de l'art. 184.4 du Code criminel au motif que l'interception immédiate était nécessaire pour empêcher des dommages sérieux à une personne ou un bien et qu'une autorisation ne pouvait être obtenue avec toute la diligence raisonnable — L'article 184.4 porte-t-il atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la Charte? — Cette disposition peut-elle être validée par l'application de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 184.4, 185, 186, 188.

Le pourvoi met en cause la constitutionnalité de la disposition sur l'écoute électronique en cas d'urgence,

Code. In this case, the police used s. 184.4 to carry out unauthorized warrantless interceptions of private communications when the daughter of an alleged kidnapping victim began receiving calls from her father stating that he was being held for ransom. Approximately 24 hours later, the police obtained a judicial authorization for continued interceptions, pursuant to s. 186 of the *Code*. The trial judge found that s. 184.4 contravened the right to be free from unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter* and that it was not a reasonable limit under s. 1. The Crown has appealed the declaration of unconstitutionality directly to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 184.4 permits a peace officer to intercept certain private communications, without prior judicial authorization, if the officer believes on reasonable grounds that the interception is immediately necessary to prevent an unlawful act that would cause serious harm, provided judicial authorization could not be obtained with reasonable diligence. In principle, Parliament may craft such a narrow emergency wiretap authority for exigent circumstances. The more difficult question is whether the particular power enacted in s. 184.4 strikes a reasonable balance between an individual's right to be free from unreasonable searches or seizures and society's interest in preventing serious harm. To the extent that the power to intercept private communications without judicial authorization is available only in exigent circumstances to prevent serious harm, this section strikes an appropriate balance. However, s. 184.4 violates s. 8 of the *Charter* as it does not provide a mechanism for oversight, and more particularly, notice to persons whose private communications have been intercepted. This breach cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

The language of s. 184.4 is sufficiently flexible to provide for different urgent circumstances that may arise, and it is far from vague when properly construed. While it is the only wiretapping power that does not require either the consent of one of the parties to the communication or judicial pre-authorization, a number of conditions and constraints are embedded in the language of s. 184.4 that ensure that the power to intercept private communications without judicial authorization is available only in exigent circumstances to prevent serious harm. Police officers may only use this

l'art. 184.4 du *Code criminel*. En l'espèce, les policiers se sont fondés sur l'art. 184.4 pour intercepter des communications privées sans mandat ni autorisation lorsque la fille d'une présumée victime d'enlèvement a commencé à recevoir des appels de son père, qui affirmait être séquestré par des ravisseurs qui voulaient obtenir une rançon. Environ 24 heures plus tard, les policiers ont obtenu une autorisation judiciaire, en application de l'art. 186 du *Code*, pour poursuivre l'interception des communications. Le juge du procès a conclu que l'art. 184.4 portait atteinte au droit, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, et qu'il ne s'agissait pas d'une limite raisonnable au sens de l'article premier. Le ministère public a porté la déclaration d'inconstitutionnalité en appel directement à notre Cour.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'article 184.4 permet à un agent de la paix d'intercepter certaines communications privées sans autorisation judiciaire préalable, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une interception immédiate est nécessaire pour empêcher un acte illicite qui causerait des dommages sérieux, pourvu qu'une autorisation judiciaire ne puisse être obtenue avec toute la diligence raisonnable. En théorie, le législateur peut accorder un tel pouvoir restreint d'écoute électronique en cas d'urgence. Il est plus difficile de décider si le pouvoir précis conféré à l'art. 184.4 établit un équilibre raisonnable entre le droit d'un particulier d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et l'intérêt de la société à prévenir des dommages sérieux. Dans la mesure où le pouvoir d'intercepter des communications privées sans autorisation judiciaire ne peut être exercé qu'en cas d'urgence pour éviter des dommages sérieux, cet article établit un juste équilibre. Cependant, l'art. 184.4 viole l'art. 8 de la *Charte*, car il ne prévoit pas de mécanisme de surveillance et, tout particulièrement, n'exige pas qu'un avis soit donné aux personnes dont les communications privées ont été interceptées. Cette violation ne peut être validée par l'application de l'article premier de la *Charte*.

Le texte de l'art. 184.4 est suffisamment souple pour répondre à différentes situations d'urgence susceptibles de se produire et il est loin d'être vague si on l'interprète correctement. Bien que le pouvoir d'écoute électronique prévu à l'art. 184.4 soit le seul qui peut être exercé sans le consentement d'une partie à la communication ni autorisation judiciaire préalable, le libellé de cette disposition comporte plusieurs conditions et contraintes garantissant que les communications ne seront interceptées sans autorisation qu'en situation d'urgence pour prévenir des dommages sérieux. Un agent de police

authority if they believe “on reasonable grounds” that the “urgency of the situation” is such that an authorization could not, with “reasonable diligence”, “be obtained under any other provision of this Part”. Each of these requirements provides a legal restriction on the use of s. 184.4. The provision imports an objective standard — credibly based probability for each of the requirements. The conditions incorporate implicit and strict temporal limitations and the onus rests with the Crown to show, on balance, that the conditions have been met. As time goes by it may be more difficult to satisfy the requirement that an authorization could not have been obtained with reasonable diligence, the situation is urgent or it is immediately necessary to prevent serious harm.

Section 188 provides a streamlined process for obtaining a temporary authorization in circumstances of urgency that can be accessed expeditiously with a view to limiting within reason, the length of time that unauthorized interceptions under s. 184.4 may lawfully be continued. It permits a specially designated peace officer to seek a 36-hour wiretap authorization from a specially designated judge where the urgency of the situation requires the interception of private communications to commence before an authorization could “with reasonable diligence” be obtained under s. 186 of the *Code*.

Section 188 should be construed in a manner that promotes an efficient and expeditious result and effective judicial oversight. Section 188 applications, which are designed to provide short-term judicial authorization in urgent circumstances may be conducted orally as this would expedite the process and further Parliament’s objective in enacting the provision. Even though applications may be conducted orally and are less cumbersome and labour-intensive than written applications, they still take time, so the need for unauthorized emergency interceptions under s. 184.4 remains.

Section 184.4 recognizes that on occasion, the privacy interests of some may have to yield temporarily for the greater good of society — here, the protection of lives and property from harm that is both serious and imminent. The stringent conditions Parliament has imposed to ensure that the provision is only used in exigent circumstances, effect an appropriate balance between an individual’s reasonable expectation of privacy and society’s interest in preventing serious harm. To that extent, s. 184.4 passes constitutional muster. In

ne peut exercer le pouvoir que lui confère l’art. 184.4 que s’il a des « motifs raisonnables » de croire que l’« urgence de la situation » est telle qu’une autorisation ne peut, « avec toute la diligence raisonnable », « être obtenue sous le régime de la présente partie ». Chacune de ces conditions restreint l’effet juridique de l’art. 184.4. Cette disposition inclut une norme objective — la probabilité fondée sur la crédibilité quant au respect de chaque condition. Ces conditions comportent des limites temporelles implicites et strictes, et il incombe au ministre public de démontrer, selon la norme de la prépondérance, que les conditions sont réunies. Avec le temps, il peut devenir plus difficile d’établir qu’une autorisation n’aurait pas pu être obtenue, avec toute la diligence raisonnable, que la situation est urgente ou que l’interception immédiate est nécessaire pour prévenir des dommages sérieux.

L’article 188 prévoit un mécanisme simplifié pour l’obtention d’une autorisation temporaire en cas d’urgence; ce mécanisme peut être enclenché rapidement de façon que l’interception sans autorisation permise par l’art. 184.4 ne puisse se poursuivre légalement au-delà d’une période raisonnable. Il permet à un agent de la paix spécialement désigné de demander à un juge spécialement désigné d’autoriser l’écoute électronique pour une durée de 36 heures lorsque l’urgence de la situation exige que l’interception de communications privées commence avant qu’il soit possible, « avec toute la diligence raisonnable », d’obtenir une autorisation en vertu de l’art. 186 du *Code*.

Il faut interpréter l’art. 188 de manière à favoriser un résultat efficace et rapide ainsi qu’une véritable surveillance par les tribunaux. Conçues pour offrir une autorisation judiciaire à court terme en cas d’urgence, les demandes prévues à l’art. 188 peuvent être présentées oralement, ce qui permet d’accélérer la procédure et sert l’objectif visé par le législateur. Bien qu’elles puissent être présentées oralement et soient plus simples et moins laborieuses que les demandes écrites, de telles demandes requièrent quand même un certain temps. C’est pourquoi l’interception sans autorisation prévue en cas d’urgence à l’art. 184.4 demeure utile.

On reconnaît, à l’art. 184.4, que les intérêts des particuliers au respect de leur vie privée doivent parfois être relégués temporairement au second rang pour le bien public — en l’occurrence, pour la protection de vies et de biens contre des dommages sérieux et imminents. Les conditions strictes prévues par le législateur pour limiter le recours à cette disposition aux situations d’urgence permettent d’établir un juste équilibre entre l’attente raisonnable d’un particulier quant au respect de sa vie privée et l’intérêt de la société à la prévention

its present form however, s. 184.4 contains no accountability measures to permit oversight of the police use of the power. It does not require that “after the fact” notice be given to persons whose private communications have been intercepted. Unless a criminal prosecution results, the targets of the wiretapping may never learn of the interceptions and will be unable to challenge police use of this power. There is no other measure in the *Code* to ensure specific oversight of the use of s. 184.4. In its present form, the provision fails to meet the minimum constitutional standards of s. 8 of the *Charter*. An accountability mechanism is necessary to protect the important privacy interests at stake and a notice provision would adequately meet that need, although Parliament may choose an alternative measure for providing accountability. The lack of notice requirement or some other satisfactory substitute renders s. 184.4 constitutionally infirm. In the absence of a proper record, the issue of whether the use of the section by peace officers, other than police officers, renders this section overbroad is not addressed.

The objective of preventing serious harm to persons or property in exigent circumstances is pressing and substantial and rationally connected to the power provided under s. 184.4. It is at the proportionality analysis of *Oakes* that the provision fails. The obligation to give notice to intercepted parties would not impact in any way the ability of the police to act in emergencies. It would, however, enhance the ability of targeted individuals to identify and challenge invasions to their privacy and seek meaningful remedies. Section 184.4 of the *Code* is constitutionally invalid legislation. This declaration of invalidity is suspended for 12 months to allow Parliament to redraft a constitutionally compliant provision.

Cases Cited

Applied: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **approved:** *R. v. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 250; **considered:** *R. v. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 288; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; **referred to:** *Brais v. R.*, 2009 QCCS 1212, [2009] R.J.Q. 1092; *R. v. Deacon*, 2008 CanLII 78109; *R. v. Moldovan*, 2009 CanLII 58062;

des dommages sérieux. Dans cette mesure, l’art. 184.4 est constitutionnel. Dans sa forme actuelle, toutefois, l’art. 184.4 ne prévoit aucun mécanisme de reddition de compte permettant de surveiller l’exercice, par les policiers, du pouvoir qu’il leur confère. Il n’exige pas qu’un avis soit donné « après coup » aux personnes dont les communications privées ont été interceptées. À moins qu’une poursuite criminelle ne soit intentée, les cibles de l’interception risquent de n’être jamais informées de l’opération et ne pourront pas contester l’exercice de ce pouvoir par les policiers. Aucune autre disposition du *Code* ne permet la surveillance de l’exercice du pouvoir conféré à l’art. 184.4. Dans sa forme actuelle, cette disposition ne satisfait pas aux normes constitutionnelles minimales qui en assureraient la conformité avec l’art. 8 de la *Charte*. Il est nécessaire d’adopter un mécanisme de reddition de compte pour protéger les importants intérêts relatifs à la vie privée qui sont en jeu et une disposition exigeant un avis suffirait à répondre à ce besoin, mais le législateur peut choisir une autre mesure pour assurer une reddition de compte. L’absence de toute obligation de donner un avis ou d’autres mesures satisfaisantes vicie cette disposition sur le plan constitutionnel. Faute d’un dossier suffisant, la question de savoir si l’art. 184.4 a une portée excessive du fait que le pouvoir qu’il confère peut être exercé par des agents de la paix autres que les policiers n’est pas tranchée.

Prévenir les dommages sérieux à une personne ou à un bien dans des situations d’urgence constitue un objectif urgent et réel qui a un lien rationnel avec le pouvoir conféré à l’art. 184.4. C’est à l’étape de l’analyse de la proportionnalité décrite dans *Oakes* que la disposition échoue. L’obligation d’aviser les personnes dont les communications sont interceptées n’entraverait aucunement l’action policière en cas d’urgence. Elle permettrait en revanche d’accroître la capacité des personnes ciblées de déceler et contester les atteintes à leur vie privée et d’obtenir une véritable réparation. L’article 184.4 du *Code* est inconstitutionnel. L’effet de cette déclaration d’invalidité est suspendu pour une période de 12 mois afin de permettre au législateur d’édicter une nouvelle disposition conforme à la Constitution.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêt approuvé :** *R. c. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 250; **arrêts examinés :** *R. c. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 288; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; **arrêts mentionnés :** *Brais c. R.*, 2009 QCCS 1212, [2009] R.J.Q. 1092; *R. c. Deacon*, 2008 CanLII 78109; *R. c.*

R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Galbraith* (1989), 49 C.C.C. (3d) 178; *R. v. Laudicina* (1990), 53 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 52 O.R. (2d) 632; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-30, *An Act to enact the Investigating and Preventing Criminal Electronic Communications Act and to amend the Criminal Code and other Acts*, 1st Sess., 41st Parl., 2011-2012.

Bill C-31, *An Act to amend the Criminal Code, the Corruption of Foreign Public Officials Act and the Identification of Criminals Act and to make a consequential amendment to another Act*, 2nd Sess., 40th Parl., 2009.

Bill C-50, *An Act to amend the Criminal Code (interception of private communications and related warrants and orders)*, 3rd Sess., 40th Parl., 2010.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.11(2)(a) [ad. 1973-74, c. 50, s. 2].

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “peace officer”, 21, 22, Part VI [am. 1993, c. 40], 183, 184(1), 184.1 to 184.4 [ad. *idem*, s. 4], 185, 186, 188 [am. *idem*, s. 8], 189, 195, 196, 722(4).

Protection of Privacy Act, S.C. 1973-74, c. 50.

Authors Cited

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 44, 3rd Sess., 34th Parl., June 2, 1993, p. 44:10.

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 48, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1993, p. 48:16.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Moldovan, 2009 CanLII 58062; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Galbraith* (1989), 49 C.C.C. (3d) 178; *R. c. Laudicina* (1990), 53 C.C.C. (3d) 281; *R. c. Finlay and Grellette* (1985), 52 O.R. (2d) 632; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « agent de la paix », 21, 22, partie VI [mod. 1993, ch. 40], 183, 184(1), 184.1 à 184.4 [aj. *idem*, art. 4], 185, 186, 188 [mod. *idem*, art. 8], 189, 195, 196, 722(4).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(2)(a) [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2].

Loi sur la protection de la vie privée, S.C. 1973-74, ch. 50.

Projet de loi C-30, *Loi édictant la Loi sur les enquêtes visant les communications électroniques criminelles et leur prévention et modifiant le Code criminel et d’autres lois*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2011-2012.

Projet de loi C-31, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la corruption d’agents publics étrangers et la Loi sur l’identification des criminels et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 40^e lég., 2009.

Projet de loi C-50, *Loi modifiant le Code criminel (interception de communications privées et mandats et ordonnances connexes)*, 3^e sess., 40^e lég., 2010.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n^o 44, 3^e sess., 34^e lég., 2 juin 1993, p. 44:10.

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n^o 48, 3^e sess., 34^e lég., 15 juin 1993, p. 48:16.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a decision of the British Columbia Supreme Court (Davies J.), 2008 BCSC 211, 235 C.C.C. (3d) 161, 180 C.R.R. (2d) 24, [2008] B.C.J. No. 1764 (QL), 2008 CarswellBC 1948, declaring s. 184.4 of the *Criminal Code* to be unconstitutional. Appeal dismissed.

Trevor Shaw and Samiran Lakshman, for the appellant.

Simon R. A. Buck and Dagmar Dlab, for the respondent Yat Fung Albert Tse.

Brent V. Bagnall, for the respondent Nhan Trong Ly.

Howard Rubin, Q.C., and *David Albert*, for the respondent Viet Bac Nguyen.

Kenneth S. Westlake, Q.C., for the respondent Huong Dac Doan.

Ian Donaldson, Q.C., for the respondents Daniel Luis Soux and Myles Alexander Vandrick.

Cheryl J. Tobias, Q.C., and *Nancy Dennison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michal Fairburn and Grace Choi, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Brigitte Bussièrès and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Joseph S. Wilkinson and Fredrick Schumann, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Roy W. Millen and Laura M. Cundari, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Christopher A. Wayland and H. Michael Rosenberg, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

POURVOI contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Davies), 2008 BCSC 211, 235 C.C.C. (3d) 161, 180 C.R.R. (2d) 24, [2008] B.C.J. No. 1764 (QL), 2008 CarswellBC 1948, déclarant inconstitutionnel l'art. 184.4 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Trevor Shaw et Samiran Lakshman, pour l'appelante.

Simon R. A. Buck et Dagmar Dlab, pour l'intimé Yat Fung Albert Tse.

Brent V. Bagnall, pour l'intimé Nhan Trong Ly.

Howard Rubin, c.r., et *David Albert*, pour l'intimé Viet Bac Nguyen.

Kenneth S. Westlake, c.r., pour l'intimé Huong Dac Doan.

Ian Donaldson, c.r., pour les intimés Daniel Luis Soux et Myles Alexander Vandrick.

Cheryl J. Tobias, c.r., et *Nancy Dennison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michal Fairburn et Grace Choi, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussièrès et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Joseph S. Wilkinson et Fredrick Schumann, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Roy W. Millen et Laura M. Cundari, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Christopher A. Wayland et H. Michael Rosenberg, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MOLDAVER AND KARAKATSANIS JJ. —

LES JUGES MOLDAVER ET KARAKATSANIS —

I. Overview

[1] This appeal concerns the constitutionality of the emergency wiretap provision, s. 184.4 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The trial judge found that the provision contravened the right to be free from unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that it was not a reasonable limit under s. 1 (2008 BCSC 211, 235 C.C.C. (3d) 161). The Crown has appealed the declaration of unconstitutionality directly to this Court.

[2] Section 184.4 permits a peace officer to intercept certain private communications, without prior judicial authorization, if the officer believes on reasonable grounds that the interception is immediately necessary to prevent an unlawful act that would cause serious harm, provided judicial authorization could not be obtained with reasonable diligence.

[3] In this case, the police used s. 184.4 to carry out unauthorized warrantless interceptions of private communications when the daughter of an alleged kidnapping victim began receiving calls from her father stating that he was being held for ransom. Approximately 24 hours later, the police obtained a judicial authorization for continued interceptions, pursuant to s. 186 of the *Code*.

[4] The trial judge, Davies J., concluded that the section breached s. 8 of the *Charter* due to the “total absence of the constitutional safeguards” generally found in other sections of Part VI of the *Code*. Davies J. was particularly concerned about the lack

I. Vue d'ensemble

[1] Le présent pourvoi met en cause la constitutionnalité de la disposition sur l'écoute électronique en cas d'urgence, l'art. 184.4 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le juge du procès a conclu que cette disposition portait atteinte au droit, garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, et qu'il ne s'agissait pas d'une limite raisonnable au sens de l'article premier (2008 BCSC 211, 235 C.C.C. (3d) 161). Le ministère public a porté la déclaration d'inconstitutionnalité en appel directement à notre Cour.

[2] L'article 184.4 permet à un agent de la paix d'intercepter certaines communications privées sans autorisation judiciaire préalable, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une interception immédiate est nécessaire pour empêcher un acte illicite qui causerait des dommages sérieux, pourvu qu'une autorisation judiciaire ne puisse être obtenue avec toute la diligence raisonnable.

[3] En l'espèce, les policiers se sont fondés sur l'art. 184.4 pour intercepter sans mandat ni autorisation des communications privées lorsque la fille d'une présumée victime d'enlèvement a commencé à recevoir des appels de son père, qui affirmait être séquestré par des ravisseurs qui voulaient obtenir une rançon. Environ 24 heures plus tard, les policiers ont obtenu une autorisation judiciaire, en application de l'art. 186 du *Code*, pour poursuivre l'interception des communications.

[4] Le juge Davies, qui a présidé le procès, a conclu que l'art. 184.4 contrevenait à l'art. 8 de la *Charte* en raison de [TRADUCTION] « [l']absence totale des garanties constitutionnelles » figurant généralement dans d'autres dispositions de la partie

of any requirement for officers (i) to give notice to those persons whose communications had been intercepted and (ii) to report their use of s. 184.4 to senior, independent law enforcement officials, the executive branch of government or to Parliament.¹

[5] In *R. v. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 250 (Ont. S.C.J.) (“*Riley (No. 1)*”),² Dambrot J. also considered the constitutionality of s. 184.4 and found that the lack of any requirement for police to give notice to the targets of the interception rendered the section constitutionally infirm. He read in the notice provisions set out in s. 196 of Part VI.³

[6] Both judges were concerned that the provision could be accessed by peace officers as defined in s. 2 of the *Code*. The wide variety of people included in that definition raised concerns about overbreadth.

[7] Both judges also considered the availability of judicial authorizations under other sections in Part VI of the *Code*; they differed, however, in their views about the procedural requirements of s. 188, a provision that addresses judicial authorization in urgent circumstances. Because s. 184.4 is restricted to urgent situations that do not permit officers, with reasonable diligence, to obtain an authorization under any other provision of this Part, the availability of s. 188 bears significantly upon the scope

VI du *Code*. Le juge Davies était tout particulièrement préoccupé par le fait que les agents de police n’avaient aucune obligation (i) d’aviser les personnes dont les communications avaient été interceptées (ii) ni de faire rapport de leur exercice du pouvoir établi à l’art. 184.4, que ce soit à de hauts responsables indépendants chargés de l’application de la loi, au pouvoir exécutif ou au Parlement¹.

[5] Dans *R. c. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 250 (C.S.J. Ont.) (« *Riley (No. 1)* »)², le juge Dambrot a aussi étudié la constitutionnalité de l’art. 184.4 et conclu que l’absence d’obligation des policiers d’aviser les personnes visées par l’interception rendait cet article inconstitutionnel. Il a interprété cet article comme s’il contenait les dispositions relatives à la communication d’un avis énoncées à l’art. 196 de la partie VI³.

[6] Les deux juges étaient préoccupés par la faculté d’avoir recours à cette disposition conférée aux agents de la paix, tels qu’ils sont définis à l’art. 2 du *Code*. La grande diversité des personnes incluses dans cette définition soulevait la question de la portée excessive de l’art. 184.4.

[7] Les deux juges ont aussi examiné la possibilité d’obtenir des autorisations judiciaires en vertu d’autres articles de la partie VI du *Code*; ils divergeaient toutefois d’opinion concernant les exigences procédurales de l’art. 188, une disposition portant sur l’autorisation judiciaire en cas d’urgence. Puisque l’art. 184.4 ne s’applique que dans des situations d’urgence où les agents de police ne peuvent, avec toute la diligence raisonnable, obtenir une autorisation en vertu d’une autre disposition

1 Davies J.’s decision was followed in Quebec in *Brais v. R.*, 2009 QCCS 1212, [2009] R.J.Q. 1092.

2 Note that in this decision, *Riley (No. 1)*, Dambrot J. considered only the constitutional validity of s. 184.4 (see para. 3). The remaining issues of the case were dealt with in separate reasons: *R. v. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 288 (Ont. S.C.J.) (“*Riley (No. 2)*”).

3 Dambrot J.’s decision was followed by two other Ontario cases: *R. v. Deacon*, 2008 CanLII 78109 (S.C.J.), and *R. v. Moldovan*, 2009 CanLII 58062 (S.C.J.).

1 La décision du juge Davies a été appliquée au Québec dans *Brais c. R.*, 2009 QCCS 1212, [2009] R.J.Q. 1092.

2 Signalons que le juge Dambrot n’a étudié que la constitutionnalité de l’art. 184.4 dans cette décision, soit *Riley (No. 1)* (voir le par. 3). Les autres questions en jeu ont été tranchées dans des motifs distincts : *R. c. Riley* (2008), 174 C.R.R. (2d) 288 (C.S.J. Ont.) (« *Riley (No. 2)* »).

3 La décision du juge Dambrot a été appliquée dans deux autres décisions ontariennes : *R. c. Deacon*, 2008 CanLII 78109 (C.S.J.), et *R. c. Moldovan*, 2009 CanLII 58062 (C.S.J.).

of the warrantless emergency wiretap provision in s. 184.4.

[8] The key issue before us is whether the power created in s. 184.4 of the *Code* strikes an appropriate constitutional balance between an individual's right to be secure against unreasonable searches or seizures and society's interest in preventing serious harm. The main concerns raised by the parties relate to (1) the overbreadth of the definition of peace officer; (2) the interrelationship between ss. 184.4 and 188; (3) the lack of notice to the object of the interception; and (4) the lack of a reporting obligation.

[9] The respondents also raised other *Charter* challenges but the focus of the submissions and the decision below was on the s. 8 analysis. The submission that s. 184.4 violates s. 7 of the *Charter* because it is both vague and overbroad, is addressed below in the determination of the scope of s. 184.4.

[10] For the reasons set out below, we have reached the following conclusions. Section 184.4 contains a number of legislative conditions. Properly construed, these conditions are designed to ensure that the power to intercept private communications without judicial authorization is available only in exigent circumstances to prevent serious harm. To that extent, the section strikes an appropriate balance between an individual's s. 8 *Charter* rights and society's interests in preventing serious harm.

[11] However, in our view, s. 184.4 falls down on the matter of accountability because the legislative scheme does not provide any mechanism to permit oversight of the police use of this power. Of particular concern, it does not require that notice be given to persons whose private communications have been intercepted. For this reason, we believe that s. 184.4 violates s. 8 of the *Charter*. We are further of the view that the breach cannot be saved

de cette partie, la possibilité d'en obtenir une en vertu de l'art. 188 a une incidence importante sur la portée de l'art. 184.4 qui permet l'écoute électronique sans mandat en cas d'urgence.

[8] La question clé dont nous sommes saisis est de savoir si le pouvoir conféré à l'art. 184.4 du *Code* établit un juste équilibre constitutionnel entre le droit d'un particulier d'être protégé contre les fouilles et perquisitions abusives et l'intérêt de la société à prévenir les dommages sérieux. Les principales questions soulevées par les parties touchent : (1) la portée excessive de la définition d'« agent de la paix »; (2) la corrélation entre les art. 184.4 et 188; (3) l'absence d'avis à la personne dont les communications sont interceptées; et (4) l'absence d'obligation de faire rapport.

[9] Bien que les intimés aient soulevé également d'autres points fondés sur la *Charte*, leurs arguments et les motifs de la juridiction inférieure portent principalement sur l'analyse relative à l'art. 8. Leur prétention que l'art. 184.4 viole l'art. 7 de la *Charte* en raison de son caractère vague et de sa portée excessive est analysée plus loin lors de l'examen de la portée de l'art. 184.4.

[10] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes arrivés aux conclusions suivantes. L'article 184.4 établit un certain nombre de conditions. Correctement interprétées, ces conditions visent à faire en sorte que le pouvoir d'intercepter des communications privées sans autorisation judiciaire ne puisse être exercé qu'en cas d'urgence pour éviter des dommages sérieux. Dans cette mesure, cet article établit un juste équilibre entre les droits garantis à un particulier par l'art. 8 de la *Charte* et l'intérêt de la société à prévenir des dommages sérieux.

[11] Nous estimons cependant que l'art. 184.4 est invalide sur le plan de la reddition de compte, parce que le régime législatif ne prévoit aucun mécanisme permettant de surveiller l'exercice, par les policiers, du pouvoir qu'il leur confère. Un aspect particulièrement troublant de l'art. 184.4 tient au fait qu'il n'exige pas qu'un avis soit donné aux personnes dont les communications privées ont été interceptées. C'est la raison pour laquelle nous croyons

under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, we would declare the section to be unconstitutional. By way of remedy, we have concluded that the declaration should be suspended for a period of 12 months to afford Parliament sufficient time to bring the section into conformity with the *Charter*.

[12] In the absence of a proper record, we do not address the issue of whether the use of the section by peace officers, other than police officers, renders this section overbroad.

II. Issues

[13] This appeal raises the following issues:

- A. Is an unauthorized interception of private communications in exigent circumstances constitutional?
- B. What is the scope of s. 184.4?
- C. What authorizations are available to police with reasonable diligence in urgent situations? In particular, what is the scope of s. 188?
- D. Does s. 184.4 lack accountability measures or specific limitations, in breach of s. 8 of the *Charter*?
- E. If s. 184.4 breaches the *Charter*, is it saved by s. 1? If not, what is the appropriate remedy?

III. Analysis

[14] Section 184.4 reads as follows:

184.4 A peace officer may intercept, by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, a private communication where

(a) the peace officer believes on reasonable grounds that the urgency of the situation is such that an

que l'art. 184.4 viole l'art. 8 de la *Charte*. Nous estimons aussi que cette violation ne peut être validée par l'application de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, nous sommes d'avis de déclarer cet article inconstitutionnel. À titre de réparation, nous avons conclu à la nécessité de suspendre l'effet de cette déclaration pendant 12 mois, afin de laisser au législateur suffisamment de temps pour rendre l'article conforme à la *Charte*.

[12] Faute d'un dossier suffisant, nous ne déterminerons pas si l'art. 184.4 a une portée excessive du fait que le pouvoir qu'il confère peut être exercé par des agents de la paix autres que les policiers.

II. Les questions en litige

[13] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- A. L'interception sans autorisation de communications privées dans une situation d'urgence est-elle constitutionnelle?
- B. Quelle est la portée de l'art. 184.4?
- C. Quelles autorisations les policiers peuvent-ils obtenir avec toute la diligence raisonnable dans des situations urgentes? Plus précisément, quelle est la portée de l'art. 188?
- D. L'article 184.4 contrevient-il à l'art. 8 de la *Charte* du fait qu'il n'établit aucun mécanisme de reddition de compte ni limite précise?
- E. Dans l'affirmative, l'art. 184.4 est-il validé par l'application de l'article premier? Sinon, quelle est la réparation convenable?

III. Analyse

[14] Voici le texte de l'art. 184.4 :

184.4. L'agent de la paix peut intercepter, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, une communication privée si les conditions suivantes sont réunies :

a) il a des motifs raisonnables de croire que l'urgence de la situation est telle qu'une autorisation ne

authorization could not, with reasonable diligence, be obtained under any other provision of this Part;

(b) the peace officer believes on reasonable grounds that such an interception is immediately necessary to prevent an unlawful act that would cause serious harm to any person or to property; and

(c) either the originator of the private communication or the person intended by the originator to receive it is the person who would perform the act that is likely to cause the harm or is the victim, or intended victim, of the harm.

A. *Is an Unauthorized Interception of Private Communications in Exigent Circumstances Constitutional?*

[15] Section 8 of the *Charter* provides: “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

[16] In the landmark decision *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court determined that a warrantless search is presumptively unreasonable. The presumed constitutional standard for searches or seizures in the criminal sphere is judicial pre-authorization: a prior determination by a neutral and impartial arbiter, acting judicially, that the search or seizure is supported by reasonable grounds, established on oath (pp. 160-62 and 167-68). As Dickson J. noted, at p. 161:

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals’ expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

[17] The importance of prior judicial authorization is even greater for covert interceptions of private communications, which constitute serious intrusions into the privacy rights of those affected. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, La Forest J. explained, at p. 46:

peut, avec toute la diligence raisonnable, être obtenue sous le régime de la présente partie;

b) il a des motifs raisonnables de croire qu’une interception immédiate est nécessaire pour empêcher un acte illicite qui causerait des dommages sérieux à une personne ou un bien;

c) l’auteur de la communication ou la personne à laquelle celui-ci la destine est soit la victime ou la personne visée, soit la personne dont les actes sont susceptibles de causer les dommages.

A. *L’interception sans autorisation de communications privées dans une situation d’urgence est-elle constitutionnelle?*

[15] L’article 8 de la *Charte* prévoit : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

[16] Notre Cour a décidé dans l’arrêt de principe *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, qu’une fouille sans mandat est présumée abusive. La norme de présomption de constitutionnalité qui s’applique aux fouilles, perquisitions et saisies en droit criminel est l’autorisation judiciaire préalable : un arbitre neutre et impartial agissant d’une manière judiciaire doit décider au préalable que la fouille, la perquisition ou la saisie est justifiée par des motifs raisonnables, établis sous serment (p. 160-162 et 167-168). Voici ce que dit le juge Dickson à la p. 161 :

Je reconnais qu’il n’est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d’insister sur l’autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux attentes des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d’avis de conclure qu’une telle autorisation, lorsqu’elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d’une fouille, d’une perquisition et d’une saisie.

[17] L’autorisation judiciaire préalable revêt une importance encore plus grande lorsqu’il s’agit de l’interception secrète de communications privées, une atteinte grave au droit à la vie privée des personnes touchées. Dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, le juge La Forest donne l’explication suivante, à la p. 46 :

... if the surreptitious recording of private communications is a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it is because the law recognizes that a person's privacy is intruded on in an unreasonable manner whenever the state, without a prior showing of reasonable cause before a neutral judicial officer, arrogates to itself the right surreptitiously to record communications that the originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by its originator to receive them, to use the language of the *Code*. [Emphasis in original.]

La Forest J. found that "as a general proposition, surreptitious electronic surveillance of the individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*" (p. 42).

[18] However, there is a long line of authority from this Court recognizing that the reach of s. 8 protection is legitimately circumscribed by the existence of the potential for serious and immediate harm. Exigent circumstances are factors that inform the reasonableness of the search or authorizing law and may justify the absence of prior judicial authorization. For example, in *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, where the issue was whether the *Charter* precluded warrantless entry into private premises in response to 911 calls, this Court stated: "... the importance of the police duty to protect life warrants and justifies a forced entry into a dwelling in order to ascertain the health and safety of a 911 caller" (para. 22). See also *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13 (warrantless entry into a home in hot pursuit), and *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59 (warrantless pat-down searches incidental to arrest to protect officer and public safety). Thus, in principle, it would seem that Parliament may craft a narrow emergency wiretap authority for exigent circumstances to prevent serious harm if judicial authorization is not available through the exercise of reasonable diligence.

... si l'enregistrement clandestin de communications privées est une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cela tient au fait qu'il est reconnu en droit qu'il y a atteinte abusive à la vie privée d'une personne chaque fois que l'État, sans avoir préalablement démontré à un officier de justice neutre l'existence d'une justification raisonnable, s'arroge le droit d'enregistrer subrepticement des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle l'auteur les destine, pour reprendre les termes du *Code*. [Soulignement dans l'original.]

Le juge La Forest y affirme « le principe général que la surveillance électronique d'un particulier par un organe de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* » (p. 42-43).

[18] Notre Cour a toutefois reconnu dans une abondante jurisprudence que la protection offerte par l'art. 8 est légitimement circonscrite par le risque de dommages sérieux et immédiats. La situation d'urgence entre en ligne de compte pour déterminer le caractère raisonnable de la fouille ou de la loi qui l'autorise et peut justifier l'absence d'autorisation judiciaire préalable. Par exemple, dans *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, où la question était de savoir si la *Charte* interdisait d'entrer sans mandat dans des lieux privés en réponse à des appels au service 911, notre Cour a affirmé : « ... l'importance du devoir qu'ont les agents de police de protéger la vie justifie qu'ils entrent par la force dans une maison afin de s'assurer de la santé et de la sécurité de la personne qui a composé le 911 » (par. 22). Voir aussi *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13 (entrée sans mandat dans un domicile dans le contexte d'une prise en chasse), et *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59 (fouilles par palpation sans mandat effectuées accessoirement à l'arrestation pour protéger le policier et assurer la sécurité de la population). Par conséquent, en théorie, il semble que le législateur puisse, dans une disposition législative, accorder un pouvoir restreint d'écoute électronique en cas d'urgence pour prévenir des dommages sérieux, s'il est impossible d'obtenir une autorisation judiciaire avec toute la diligence raisonnable.

[19] The more difficult question is whether the particular power enacted in s. 184.4 constitutes an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. Does s. 184.4 strike a reasonable balance between an individual's right to be free from unreasonable searches or seizures and society's interest in preventing serious harm?

B. *What Is the Scope of Section 184.4?*

(1) Approach to Interpretation

[20] The modern principle of statutory interpretation requires that the words of the legislation be read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Underlying this approach is the presumption that legislation is enacted to comply with constitutional norms, including the rights and freedoms enshrined in the *Charter*. “For centuries courts have interpreted legislation to comply with common law values, not because compliance was necessary for validity, but because the values themselves were considered important. This reasoning applies with even greater force to entrenched constitutional values”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 461. Accordingly, where legislation is permitting of two equal interpretations, the Court should adopt the interpretation which accords with *Charter* values: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 771; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 35.

[21] In this case, the constitutional lens must take into account the privacy interests of anyone whose communications may be intercepted, and the interests of public safety, including the right to life, liberty and security of the person who is in danger of serious harm. Lamer C.J. observed in *Godoy* that “dignity, integrity and autonomy” are values underlying a privacy interest; however, the interests of

[19] Il est plus difficile de décider si le pouvoir précis conféré à l'art. 184.4 constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive, en contravention de l'art. 8 de la *Charte*. L'article 184.4 établit-il un juste équilibre entre le droit d'un particulier d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et l'intérêt de la société à prévenir des dommages sérieux?

B. *Quelle est la portée de l'art. 184.4?*

(1) Méthode d'interprétation

[20] Le principe moderne d'interprétation des lois veut que les termes d'une loi soient interprétés [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Cette méthode repose sur la présomption que le texte législatif édicté respecte les normes constitutionnelles, y compris les droits et libertés consacrés par la *Charte*. [TRADUCTION] « Les tribunaux interprètent depuis des siècles les textes législatifs de manière à ce qu'ils respectent les valeurs de la common law, non pas parce que leur respect était essentiel à la validité des textes législatifs, mais parce que ces valeurs étaient elles-mêmes jugées importantes. Ce raisonnement s'applique encore plus valablement aux valeurs consacrées dans la Constitution » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 461. Par conséquent, lorsqu'une loi se prête à deux interprétations d'égale valeur, la Cour doit retenir l'interprétation qui s'accorde avec les valeurs de la *Charte* : *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 771; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 35.

[21] En l'espèce, l'analyse constitutionnelle doit prendre en compte le droit à la vie privée de toute personne dont les communications peuvent être interceptées ainsi que les intérêts liés à la sécurité publique, notamment le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui risque de subir des dommages sérieux. Le juge en chef Lamer a fait remarquer dans *Godoy* que le droit à la vie

a person in need of police assistance are “closer to the core of the values of dignity, integrity and autonomy than the interest of the person who seeks to deny entry to police who arrive in response to the call for help” (para. 19).

(2) Scheme of Part VI of the Act

[22] Entitled “Invasion of Privacy”, Part VI of the *Code* makes it an offence under s. 184(1) to intercept private communications. Sections 185 and 186 set out the general provisions governing the application and the granting of judicial authorizations for the interception of private communications. Section 188 permits temporary authorizations (for up to 36 hours) by specially appointed judges, on the application of specially designated peace officers, if the urgency of the situation requires interception of private communications before an authorization could, with reasonable diligence, be obtained under s. 186.

[23] In addition to the prerequisites for and conditions of authorized interceptions, there are a number of after-the-fact provisions that build accountability into the process. Section 195 requires an annual statistical report to Parliament concerning the use of s. 186 and s. 188 authorizations and resulting prosecutions. Section 196 sets out the obligations of the responsible Minister of the Crown to subsequently give notice in writing to the person who was the object of the interception pursuant to a s. 186 authorization. Under s. 189, an accused must be given notice of any interception intended to be produced in evidence.

[24] When the first comprehensive wiretap legislation in Canada, the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, came into force in 1974, there was no emergency wiretap provision like s. 184.4. Wiretaps were permitted without judicial authorization only with the consent of a party, under then s. 178.11(2)(a) of the *Code*. Following the

privée repose sur les valeurs « de dignité, d’intégrité et d’autonomie »; toutefois, l’intérêt de la personne qui a besoin de l’aide des policiers « ressortit davantage à la dignité, à l’intégrité et à l’autonomie que celui de la personne qui cherche à refuser l’entrée aux agents de police dépêchés sur les lieux pour répondre à un appel à l’aide » (par. 19).

(2) L’économie de la partie VI du Code

[22] Selon l’article 184(1) de la partie VI du *Code*, intitulée « Atteintes à la vie privée », l’interception de communications privées constitue une infraction. Les articles 185 et 186 contiennent les dispositions générales régissant la demande et l’octroi d’une autorisation judiciaire pour l’interception de communications privées. L’article 188, quant à lui, permet à un juge spécialement désigné de délivrer des autorisations temporaires (d’une durée maximale de 36 heures) sur demande d’un agent de la paix, lui aussi spécialement désigné, si l’urgence de la situation exige l’interception de communications privées avant qu’il soit possible, avec toute la diligence raisonnable, d’obtenir une autorisation en vertu de l’art. 186.

[23] Aux préalables et conditions de l’interception autorisée de communications privées s’ajoutent plusieurs dispositions d’application prospective qui incorporent au processus des mécanismes de reddition de compte. L’article 195 prévoit le dépôt au Parlement d’un rapport statistique annuel sur les autorisations données en vertu des art. 186 et 188 et sur les poursuites qui en découlent. L’article 196 impose au ministre responsable l’obligation d’aviser subséquemment par écrit la personne qui a fait l’objet d’une interception avec autorisation en vertu de l’art. 186. L’article 189 dispose qu’il faut donner au prévenu un préavis de l’intention de produire en preuve une communication privée interceptée.

[24] Lorsque la première loi canadienne complète en matière d’écoute électronique, la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, est entrée en vigueur en 1974, il n’existait aucune disposition relative à l’écoute électronique en cas d’urgence analogue à l’art. 184.4. L’écoute électronique sans autorisation judiciaire n’était permise

constitutional challenge to that section in *Duarte* and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, Parliament introduced the current Part VI in 1993, with a number of additional provisions that permit interceptions in special situations (S.C. 1993, c. 40).

[25] Two of the new provisions introduced in 1993 are specifically preventative in nature. Section 184.4 is the emergency power to intercept for the purpose of preventing serious harm. Section 184.1 permits interception with a person's consent in order to prevent bodily harm to that person. These are the only two sections that permit interceptions without a specific time limit and without judicial authorization. In addition, s. 184.2 provides for judicial authorization with consent of one of the persons being intercepted for up to 60 days; under s. 184.3 such authorizations can be obtained by means of telecommunication. None of the interceptions under these special sections is subject to the s. 195 reporting or the s. 196 notice requirements.

[26] To summarize, Part VI sets out a broad spectrum of wiretapping provisions. Sections 185 and 186 set out the standard requirements for wiretapping. Section 188 permits designated officers to seek authorizations from designated judges for interceptions limited to 36 hours when the "urgency of the situation" requires it. Accountability requirements apply to these powers. They do not apply to the special circumstance provisions in ss. 184.1, 184.2 and 184.4 that involve consent or exigent circumstances.

[27] Section 184.4, the emergency power to intercept, is the only section that does not require either

qu'avec le consentement d'une partie, en vertu de ce qui était à l'époque l'al. 178.11(2)a) du *Code*. En 1993, à la suite de la contestation constitutionnelle de cette disposition dans *Duarte* et dans *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, le législateur a adopté la partie VI actuelle, ainsi que des dispositions supplémentaires autorisant l'interception de communications dans des situations particulières (L.C. 1993, ch. 40).

[25] Deux des nouvelles dispositions adoptées en 1993 sont de nature explicitement préventive. L'article 184.4 accorde le pouvoir d'intercepter une communication privée en cas d'urgence pour prévenir des dommages sérieux. L'article 184.1 autorise l'interception à laquelle une personne a consenti pour empêcher cette personne de subir des lésions corporelles. Ces deux dispositions sont les seules à permettre l'interception de communications privées sans en limiter la durée ni exiger d'autorisation judiciaire. De plus, l'art. 184.2 permet d'obtenir une autorisation judiciaire d'une durée maximale de 60 jours avec le consentement de l'une des personnes visées par l'interception; selon l'art. 184.3, il est possible d'obtenir une autorisation de ce genre à l'aide d'un moyen de télécommunication. Aucune des interceptions visées par ces dispositions spéciales n'est assujettie à l'obligation d'établir un rapport prévue à l'art. 195, ni à celle de donner un avis prévue à l'art. 196.

[26] En résumé, la partie VI prévoit un vaste éventail de dispositions relatives à l'écoute électronique. Les articles 185 et 186 énoncent les exigences habituelles en la matière. L'article 188 permet à un agent spécialement désigné d'obtenir d'un juge désigné l'autorisation d'intercepter des communications pour une période maximale de 36 heures si l'« urgence de la situation » l'exige. Des mécanismes de reddition de compte s'appliquent à l'exercice de ces pouvoirs. Ils ne s'appliquent pas à l'exercice des pouvoirs spéciaux conférés aux art. 184.1, 184.2 et 184.4 à l'égard des situations particulières dans lesquelles un consentement est requis ou il y a urgence.

[27] L'article 184.4, qui confère le pouvoir d'intercepter une communication privée en cas d'urgence,

consent of a party or pre-authorization. However, it is clearly available only on an urgent basis to prevent harm that is both serious and imminent. While s. 184.4 does not contain a time limitation, each interception is limited to urgent situations where there is an immediate necessity to prevent serious harm and judicial pre-authorization is not available with reasonable diligence. As discussed below, these prerequisites create strict inherent time restrictions.

(3) Intention of Parliament

[28] It is clear from the overall context of the provisions in Part VI of the *Code* that Parliament intended to limit the operation of the authority under s. 184.4 to genuine emergencies. Evidence before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs was that this emergency power was necessary for “hostage takings, bomb threats and armed standoffs”; to be used “only if time does not permit obtaining an authorization”; and for “very short period[s] of time during which it may be possible to stop the threat and harm from occurring”: *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 44, 3rd Sess., 34th Parl., June 2, 1993, at p. 44:10. The Minister of Justice noted that these are situations where “every minute counts” and that the provision was “necessary to ensure public safety”: *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 48, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1993, at p. 48:16. The evidence filed before the trial judge noted that kidnappings, child protection and hostage taking form a substantial backdrop for the use of s. 184.4 by police.

(4) The Language of Section 184.4

[29] The respondents submitted that the terms “the urgency of the situation”, “reasonable

est la seule disposition n’exigeant ni le consentement d’une partie, ni une autorisation préalable. Par contre, il n’est manifestement possible d’y avoir recours qu’en cas d’urgence pour prévenir des dommages à la fois sérieux et imminents. Bien que l’art. 184.4 ne fixe aucune limite temporelle, chaque interception ne peut être effectuée que dans une situation d’urgence où il faut y procéder immédiatement pour prévenir des dommages sérieux et où il est impossible d’obtenir une autorisation judiciaire préalable avec toute la diligence raisonnable. Comme nous le verrons, ces conditions créent intrinsèquement des limites temporelles strictes.

(3) L’intention du législateur

[28] Il ressort clairement du contexte général des dispositions de la partie VI du *Code* que le législateur comptait limiter l’exercice du pouvoir conféré par l’art. 184.4 aux véritables situations d’urgence. D’après la preuve présentée au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, ce pouvoir d’urgence est nécessaire dans des situations comme « des prises d’otages, des alertes à la bombe et des sièges armés »; les autorités peuvent s’en servir « uniquement si elles n’ont pas le temps d’obtenir une autorisation »; et pour « la très courte période durant laquelle il peut être possible d’interrompre la menace et d’empêcher les dommages » : *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 44, 3^e sess., 34^e lég., 2 juin 1993, p. 44:10. Le ministre de la Justice a souligné qu’il s’agit de situations où « chaque minute compte », et que cette disposition est « nécessaire pour assurer la sécurité du public » : *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 48, 3^e sess., 34^e lég., 15 juin 1993, p. 48:16. La preuve déposée devant le juge du procès indique que les enlèvements, la protection des enfants et les prises d’otages sont les principaux contextes dans lesquels les policiers ont recours à l’art. 184.4.

(4) Le texte de l’art. 184.4

[29] Les intimés ont soutenu que les termes « l’urgence de la situation », « toute la diligence

diligence”, “unlawful act” and “serious harm” were vague and overbroad.

[30] For the reasons that follow, we disagree. While s. 184.4 is sufficiently flexible to provide for different urgent circumstances that may arise, it is far from vague when properly construed. As Gonthier J. held for the Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, enactments are not expected to “predict the legal consequences of any given course of conduct in advance” (p. 639). Rather, they are to provide meaningful guidance about the circumstances in which they can be applied.

[31] A number of conditions and constraints are embedded in the language of s. 184.4. As noted by the trial judge, each of these conditions significantly restricts the availability of this section. These conditions incorporate implicit and strict temporal limitations.

[32] Section 184.4(a) provides that peace officers may only use this authority if they believe “on reasonable grounds” that the “urgency of the situation” is such that an authorization could not, with “reasonable diligence”, “be obtained under any other provision of this Part.”

(a) “Reasonable Grounds”

[33] Belief “on reasonable grounds” imports both a subjective and objective element. The officers must have subjective belief in the grounds justifying the actions taken and those grounds must be objectively reasonable in the circumstances. The constitutional balance between the reasonable expectation of privacy and the legitimate needs of the state in detecting and preventing crime requires an objective standard — credibly based probability: *Hunter v. Southam*, at pp. 166-68; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 75-79.

raisonnable », « acte illicite » et « dommages sérieux » étaient vagues et avaient une portée excessive.

[30] Pour les motifs qui suivent, nous ne sommes pas du même avis. Bien que l’art. 184.4 se révèle suffisamment souple pour répondre à différentes situations d’urgence susceptibles de se produire, il est loin d’être vague si on l’interprète correctement. Comme l’a affirmé le juge Gonthier, au nom de la Cour, dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, on ne s’attend pas à ce que les textes de loi nous permettent de « prédire les conséquences juridiques d’une conduite donnée » (p. 639). Ils doivent plutôt fournir des indications valables sur les situations dans lesquelles ils peuvent s’appliquer.

[31] Le texte de l’art. 184.4 comporte plusieurs conditions et contraintes. Comme l’a souligné le juge du procès, toutes ces conditions limitent considérablement la possibilité de recourir à cet article. Elles comportent des limites temporelles implicites et strictes.

[32] Selon l’alinéa 184.4(a), un agent de la paix ne peut exercer le pouvoir que lui confère l’art. 184.4 que s’il a des « motifs raisonnables » de croire que l’« urgence de la situation » est telle qu’une autorisation ne peut, avec « toute la diligence raisonnable », « être obtenue sous le régime de la [partie VI] » du *Code*.

a) « Motifs raisonnables »

[33] La croyance fondée sur des « motifs raisonnables » comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. L’agent doit croire subjectivement en l’existence de motifs justifiant les mesures prises, et ces motifs doivent être objectivement raisonnables dans les circonstances. L’équilibre constitutionnel entre l’attente raisonnable en matière de vie privée et les besoins légitimes de l’État de déceler et de prévenir le crime appelle une norme objective — la probabilité fondée sur la crédibilité : *Hunter c. Southam*, p. 166-168; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 75-79.

(b) “*Urgency of the Situation*”

[34] Davies J. construed the phrase “urgency of the situation” as follows:

... the phrase “urgency of the situation” cannot be read in isolation. It must be read in conjunction with the requirement that the peace officer has reasonable grounds to believe not only that the circumstances are exigent (by reason of an apprehension of the occurrence of imminent serious harm under ss. 184.4(b)), but also with the requirement to believe that prior judicial authorization could not be obtained with reasonable diligence. [para. 157]

We agree with this interpretation. As time goes by, it may be more difficult to satisfy the requirement that an authorization could not have been obtained with reasonable diligence, or that the situation is urgent and the need is immediate.

(c) “*Reasonable Diligence*”

[35] The term “reasonable diligence” is used in this Court’s jurisprudence and is directly tied to other constitutional rights.⁴ This Court has acknowledged that exigent circumstances could permit a warrantless search where it is not “feasible” (see *Hunter v. Southam*, at pp. 160-61; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 94) or where it is “impracticable” (see *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 241) to obtain prior judicial authorization. Davies J. noted that “reasonable diligence” under s. 184.4(a) of the *Code* should be construed to conform with the s. 8 *Charter* right to be free from “unreasonable” search or seizure (para. 163). He concluded that the only way to comply with the requirement of “reasonable diligence” is to ensure that once s. 184.4 is being used, the police take all necessary steps to obtain judicial authorization under Part VI “immediately, and

4 For instance, in the context of an accused exercising his 10(b) *Charter* right, this Court held in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at p. 281, that “reasonable diligence” in the exercise of the right to counsel will depend on the context.

b) « *Urgence de la situation* »

[34] Le juge Davies a interprété comme suit l’expression « urgence de la situation » :

[TRADUCTION] ... l’expression « urgence de la situation » ne doit pas être interprétée isolément, mais en corrélation avec l’exigence voulant que l’agent de la paix ait des motifs raisonnables de croire non seulement au caractère urgent de la situation (vu sa crainte que soient causés des dommages sérieux et imminents au sens de l’al. 184.4b)), mais aussi à l’impossibilité d’obtenir une autorisation judiciaire préalable avec toute la diligence raisonnable. [par. 157]

Nous souscrivons à cette interprétation. Avec le temps, il peut devenir plus difficile d’établir qu’une autorisation n’aurait pas pu être obtenue, avec toute la diligence raisonnable, que la situation est urgente et que l’interception immédiate est nécessaire.

c) « *Diligence raisonnable* »

[35] L’expression « diligence raisonnable » apparaît dans la jurisprudence de notre Cour et est directement liée à d’autres droits constitutionnels⁴. Notre Cour a reconnu qu’on peut effectuer une perquisition sans mandat dans une situation d’urgence où il est « impossible » (voir *Hunter c. Southam*, p. 160-161; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 94) ou « pratiquement impossible » (voir *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 241) d’obtenir une autorisation judiciaire préalable. Le juge Davies a souligné que l’expression « toute la diligence raisonnable » figurant à l’al. 184.4a) du *Code* doit recevoir une interprétation conforme au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », garanti à l’art. 8 de la *Charte* (par. 163). Selon lui, le seul moyen de répondre à l’exigence de « diligence raisonnable » est de s’assurer que, lorsqu’ils ont recours à l’art. 184.4, les

4 Par exemple, dans le cas d’un accusé exerçant le droit que lui garantit l’al. 10b) de la *Charte*, notre Cour a mentionné dans *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, à la p. 281, que la « diligence raisonnable » dans l’exercice du droit à l’assistance d’un avocat dépend du contexte.

with the least delay possible in the circumstances” (para. 166).

[36] In *Riley (No. 1)*, Dambrot J. noted, at para. 23, that the “reasonable diligence” requirement “increases in significance as time goes on” and that in order to continue intercepting under s. 184.4 once intercepting has begun, “the police are compelled to immediately put in motion an effort to obtain judicial authorization with dispatch, if that is possible, or risk being out of compliance with s. 184.4” (emphasis added).

[37] There are any number of reasons why judicial authorization may not be feasible or may not be immediately available. The urgency of the underlying unlawful act and potential harm may require the full attention of the police. In addition, there may be logistical reasons such as the availability of a judge or designated judge or designated police officer; the time required to ready an application and access the judge; and the time for the judge to consider the matter and reach a decision.

[38] We do not say that police must proceed in every case with an immediate application for judicial authorization. Each case will depend on its own circumstances. However, if the police have not proceeded to seek the appropriate authorization when circumstances allow, they risk non-compliance if they continue intercepting under s. 184.4.

(d) “*An Authorization . . . Under Any Other Provision of This Part*”

[39] The requirement that an authorization not be available raises the very real issue of the accessibility and availability of judicial authorizations under Part VI of the *Criminal Code*. Davies J. suggested that police must seek an authorization under s. 188 at the same time they start preparing a s. 186

policiers prennent toutes les mesures nécessaires pour obtenir l’autorisation judiciaire sous le régime de la partie VI [TRADUCTION] « sur-le-champ et le plus rapidement possible dans les circonstances » (par. 166).

[36] Le juge Dambrot fait remarquer au par. 23 de la décision *Riley (No. 1)* que l’exigence de [TRADUCTION] « diligence raisonnable [. . .] prend de plus en plus d’importance avec le temps » et que, pour continuer l’interception d’une communication en vertu de l’art. 184.4, « les policiers doivent prendre immédiatement des mesures pour obtenir une autorisation judiciaire avec célérité, si c’est possible, ou risquer de contrevenir à l’art. 184.4 » (nous soulignons).

[37] Il existe une multitude de raisons pour lesquelles l’autorisation judiciaire ne pourrait pas être obtenue ou ne pourrait pas l’être immédiatement. Il se peut que les policiers doivent accorder toute leur attention à l’urgence de l’acte illicite sous-jacent et aux dommages qu’il risque de causer. Il pourrait aussi exister des raisons d’ordre logistique comme la disponibilité d’un juge, désigné ou non, ou d’un policier désigné; le temps nécessaire pour préparer une demande et entrer en contact avec le juge; et le temps qu’il faut au juge pour examiner l’affaire et rendre une décision.

[38] Nous ne disons pas que les policiers doivent demander sur-le-champ une autorisation judiciaire dans tous les cas. Chaque situation est un cas d’espèce. Par contre, si les policiers n’ont pas demandé l’autorisation nécessaire lorsque les circonstances le permettaient, ils risquent d’enfreindre la loi en continuant d’intercepter une communication en vertu de l’art. 184.4.

d) « *Une autorisation [. . .] sous le régime de la présente partie* »

[39] L’exigence selon laquelle une autorisation ne peut être obtenue soulève une question très concrète : la possibilité d’obtenir une autorisation judiciaire sous le régime de la partie VI du *Code criminel*. Le juge Davies a avancé que les policiers doivent demander une autorisation en application

application. He contemplated an oral application under s. 188. In *Riley (No. 2)*, Dambrot J. concluded that s. 188 was not available without a written affidavit (para. 50).

[40] The Crown seeks guidance for the police about what steps are possible under the other provisions in the *Code*. This issue also bears on the constitutional analysis of the impact of s. 184.4 upon privacy interests. Obviously, the greater the availability of an authorization under s. 188, the more circumscribed the authority to proceed unauthorized under s. 184.4. For the reasons set out below, we conclude that s. 188 is available for urgent situations without the requirement of a written affidavit. This does not, however, obviate the need for unauthorized emergency interceptions under s. 184.4.

(e) “*Immediately Necessary*”

[41] Section 184.4(b) authorizes wiretapping if

the peace officer believes on reasonable grounds that such an interception is immediately necessary to prevent an unlawful act that would cause serious harm to any person or to property;

[42] In *Riley (No. 1)*, at para. 17, Dambrot J. observed that the “fundamental prerequisite to unauthorized interception is the requirement that it be immediately necessary”. In his view, the phrase “immediately necessary” connoted both a temporal and an analytical component. We agree. This requirement ensures that unauthorized interceptions are available only when there are reasonable grounds to believe that the threat of serious harm is *immediate* and only when it is *necessary* to prevent serious harm. Thus, the threat must be imminent and it must be likely that interception will

de l’art. 188 au moment même où ils entament la rédaction d’une demande fondée sur l’art. 186. Il avait à l’esprit une demande présentée de vive voix en application de l’art. 188. Pour sa part, le juge Dambrot a conclu dans *Riley (No. 2)* qu’il est impossible de recourir à l’art. 188 sans un affidavit (par. 50).

[40] Le ministère public demande à la Cour de donner aux policiers des indications sur les mesures qu’ils peuvent prendre en vertu des autres dispositions du *Code*. Cette question entre aussi en jeu dans l’analyse constitutionnelle de l’incidence de l’art. 184.4 sur le droit à la vie privée. De toute évidence, plus il est facile d’obtenir une autorisation en vertu de l’art. 188, plus le pouvoir d’intercepter une communication sans autorisation au titre de l’art. 184.4 est limité. Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons qu’il est possible d’obtenir une autorisation en vertu de l’art. 188 dans des situations d’urgence sans devoir déposer un affidavit écrit. Toutefois, le pouvoir de procéder à une interception sans autorisation en cas d’urgence prévu à l’art. 184.4 n’est pas inutile pour autant.

e) « *Une interception immédiate est nécessaire* »

[41] L’alinéa 184.4b) autorise l’écoute électronique si

[l’agent de la paix] a des motifs raisonnables de croire qu’une interception immédiate est nécessaire pour empêcher un acte illicite qui causerait des dommages sérieux à une personne ou un bien; . . .

[42] Dans *Riley (No. 1)*, par. 17, le juge Dambrot fait remarquer que [TRADUCTION] « le préalable fondamental de l’interception sans autorisation est la nécessité d’y procéder immédiatement ». Selon lui, l’expression « une interception immédiate est nécessaire » comporte à la fois une dimension temporelle et une dimension analytique. Nous partageons son avis. Cette exigence garantit qu’une communication ne peut être interceptée sans autorisation que s’il y a des motifs raisonnables de croire que la menace de dommages sérieux est *immédiate* et si l’interception est

be an effective means of preventing the unlawful act.

[43] However, the word “necessary” does not in our view require that unauthorized interception is the *only* effective means — or even the *most* effective means available to police. Section 184.4 is not available *only* as a last resort. To conclude otherwise would be to introduce an element of uncertainty that would undermine the effective use of this power by police to prevent serious harm in exigent circumstances. In a kidnapping, for example, the police may be able to pursue a number of additional effective investigative means, such as canvassing possible witnesses or using dogs to follow a scent. While the phrase “immediately necessary” ensures that this power is not available unless there is an emergency, it does not require police to exhaust all other investigative means. The section does not preclude police from pursuing all effective means available to them if they otherwise meet the strict conditions of s. 184.4.

[44] This threshold differs from that found under s. 186 of the *Criminal Code*, which requires that there be “no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry” (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 29 (emphasis in original)). That is not surprising since s. 184.4 serves to prevent imminent serious harm, whereas s. 186 is an evidence-gathering tool.

(f) “*Unlawful Act*”

[45] In addressing the respondents’ vagueness argument, the trial judge held that the “unlawful act” referred to in s. 184.4(b) is limited to an offence enumerated in s. 183 of the *Code* (para. 175). Davies J. reasoned that since the section requires as a precondition to its use the reasonable

nécessaire pour prévenir les dommages sérieux. Par conséquent, la menace doit être imminente et il doit être probable que l’interception constituera un moyen efficace d’empêcher l’acte illicite en question.

[43] Cependant, le mot « nécessaire » n’exige pas, à notre avis, que l’interception sans autorisation soit le *seul* moyen efficace — ni même le moyen le *plus* efficace — à la disposition des policiers. L’article 184.4 ne s’applique pas *seulement* en dernier recours. Si c’était le cas, l’incertitude qui en résulterait minerait l’efficacité de l’exercice de ce pouvoir policier pour prévenir des dommages sérieux dans les situations d’urgence. Dans le cas d’un enlèvement, par exemple, les policiers peuvent être en mesure d’employer plusieurs autres méthodes d’enquête efficaces, telles que la recherche de témoins potentiels ou l’utilisation de chiens pour suivre une piste olfactive. Bien que l’expression « une interception immédiate est nécessaire » ne permette l’exercice de ce pouvoir qu’en cas d’urgence, elle n’oblige pas les policiers à épuiser toutes les autres méthodes d’enquête. L’article 184.4 ne les empêche pas d’employer tous les moyens efficaces dont ils disposent, si les conditions strictes qui y sont énoncées sont par ailleurs réunies.

[44] Cette exigence minimale diffère de celle fixée à l’art. 186 du *Code criminel*, aux termes duquel « il ne doit exister aucune autre méthode d’enquête raisonnable, dans les circonstances de l’enquête criminelle considérée » (*R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 29 (soulignement dans l’original)). Cela n’est guère surprenant, car l’art. 184.4 vise à prévenir les dommages sérieux et imminents, alors que l’art. 186 sert à recueillir des éléments de preuve.

f) « *Acte illicite* »

[45] En réponse à l’argument des intimés selon lequel le texte législatif est trop vague, le juge du procès a affirmé que l’« acte illicite » dont il est question à l’al. 184.4(b) s’entend uniquement d’une infraction énumérée à l’art. 183 du *Code* (par. 175). Selon le juge Davies, puisque le

belief that an authorization could not be obtained with reasonable diligence, Parliament cannot have intended to allow the unauthorized interception by the police of communications for which a judicial authorization could not be obtained.

[46] We disagree. There may be situations that would justify interceptions under s. 184.4 for unlawful acts not enumerated in s. 183. We prefer the conclusion of Dambrot J. in *Riley (No. 1)* that the scope of the unlawful act requirement is sufficiently, if not more, circumscribed for constitutional purposes, by the requirement that the unlawful act must be one that would cause serious harm to persons or property (para. 21). No meaningful additional protection of privacy would be gained by listing the unlawful acts that could give rise to such serious harm. The list of offences in s. 183 is itself very broad; however, Parliament chose to focus upon an unlawful act that would cause serious harm. We see no reason to interfere with that choice.

(g) “*Serious Harm*”

[47] As noted by the appellant, the serious harm threshold is a meaningful and significant legal restriction on s. 184.4 and is part of this Court’s jurisprudence in a number of different contexts: see *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 86 (the test for setting aside solicitor-client privilege on public safety grounds); *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519, at para. 117 (the level of harm needed in cases of warrantless apprehension of children without violating s. 7 of the *Charter*); and *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at pp. 80-81 (the “grave or substantial” threshold required for threats of serious bodily harm under former s. 264.1(1)(a) of the *Code*). As disclosed in the police affidavits filed at trial, this threshold is also consistent with the police practice surrounding s. 184.4 and its use for *Criminal Code* offences

préalable à l’application de cette disposition est la croyance raisonnable qu’une autorisation ne peut être obtenue avec toute la diligence raisonnable, le législateur ne peut avoir eu l’intention de permettre aux policiers d’intercepter des communications sans autorisation dans les cas où ils ne pourraient jamais obtenir une autorisation judiciaire.

[46] Nous ne sommes pas de cet avis. Il peut arriver que l’interception d’une communication soit justifiée au titre de l’art. 184.4 dans le cas d’actes illicites qui ne figurent pas à l’art. 183. Nous préférons la conclusion, tirée par le juge Dambrot dans *Riley (No. 1)*, que l’exigence d’un acte illicite a une portée à tout le moins suffisamment limitée pour être constitutionnellement valide, du fait qu’il doit s’agir d’un acte illicite qui causerait des dommages sérieux à une personne ou un bien (par. 21). L’énumération des actes illicites susceptibles de causer des dommages aussi sérieux ne renforcerait pas réellement la protection de la vie privée. La liste des infractions que l’on trouve à l’art. 183 est très large en soi; le législateur a néanmoins décidé de cibler les actes illicites qui causeraient des dommages sérieux. Nous ne voyons aucune raison de modifier ce choix.

g) « *Dommages sérieux* »

[47] Comme l’a fait remarquer l’appelante, la norme des dommages sérieux restreint de façon concrète et importante l’effet juridique de l’art. 184.4 et figure dans la jurisprudence de notre Cour dans des contextes variés : voir *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 86 (le critère à respecter pour écarter le secret professionnel de l’avocat dans l’intérêt de la sécurité publique); *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519, par. 117 (le niveau de préjudice requis lorsqu’il s’agit d’appréhender des enfants sans mandat sans contrevenir à l’art. 7 de la *Charte*), et *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 80-81 (le critère de l’atteinte « sérieuse ou importante » permettant de déterminer s’il y a une menace de blessures graves au sens de l’ancien art. 264.1(1)(a) du *Code*). Comme l’indiquent les affidavits de la police déposés au procès, cette norme est

like kidnapping, hostage taking and other serious offences.

[48] In the application before the trial judge, the Crown filed seven affidavits from police forces across Canada, representing about 25,000 police officers regarding their practices under s. 184.4. Although the affidavits demonstrate that police forces have varying implementation policies, they reflect an understanding that this provision is exceptional in nature. The trial judge found on the evidence that many forces require, as a matter of policy, approval by very senior officers and that the senior officers had exercised these powers responsibly (paras. 235-36).

(h) “*Serious Harm . . . to Property*”

[49] The respondents argue that this power is overbroad in scope because it could be used to justify the invasion of privacy for serious harm to insignificant property. We disagree. The text and context of the provision show that the assumption that underlies the respondents’ argument is not well founded. We adopt the statements of Dambrot J. in *Riley (No. 1)*:

Serious, as it applies to property, implies not only a significant degree of harm, but also harm to property of significance, such as a bridge, a building, or a home. In each of these cases, if there is a significant degree of harm, then the harm would inevitably have serious consequences. Neither the phrase “serious harm to any person or to property”, nor the context, leave it open to wiretap without a warrant to prevent an act that will likely have trivial consequences. [para. 20]

(5) Objects of the Interception: “the Victim, or Intended Victim”

[50] Section 184.4(c) further limits the scope of emergency wiretapping by permitting the

aussi compatible avec la pratique policière relative à l’art. 184.4 et le recours à cet article dans le cas d’infractions au *Code criminel* telles que l’enlèvement, la prise d’otage et d’autres infractions graves.

[48] Dans le cadre de la demande présentée au juge du procès, le ministère public a déposé sept affidavits dans lesquels des corps policiers de partout au Canada regroupant environ 25 000 agents de police font état de leurs pratiques pour l’application de l’art. 184.4. Bien que les affidavits indiquent que les divers corps policiers ont adopté des politiques différentes pour l’exercice du pouvoir que leur confère cet article, ils révèlent que leurs membres reconnaissent la nature exceptionnelle de cette disposition. Le juge du procès a conclu, sur la foi de la preuve, que de nombreux corps policiers ont pour politique d’exiger l’approbation de hauts fonctionnaires de la police et que ceux-ci exercent ces pouvoirs de manière responsable (par. 235-236).

h) « *Domages sérieux à [. . .] un bien* »

[49] D’après les intimés, ce pouvoir est excessif parce qu’il peut servir à justifier l’atteinte à la vie privée en cas de dommages sérieux à un bien négligeable. Nous ne sommes pas de cet avis. À la lumière du texte et du contexte de cette disposition, nous estimons que la prémisse de l’argument des intimés n’est pas fondée. Nous faisons nôtres les propos du juge Dambrot dans *Riley (No. 1)* :

[TRADUCTION] Lorsqu’il vise des biens, le mot « sérieux » suppose non seulement un grave préjudice, mais aussi des dommages à des biens importants comme un pont, un immeuble ou une demeure. Dans tous ces cas, s’il y a un grave préjudice, celui-ci sera forcément lourd de conséquences. Ni l’expression « dommages sérieux à une personne ou un bien », ni le contexte ne permettent d’effectuer une écoute électronique sans mandat pour empêcher un acte dont les répercussions seront vraisemblablement négligeables. [par. 20]

(5) Les personnes dont les communications sont interceptées : « la victime ou la personne visée »

[50] L’alinéa 184.4c) limite davantage la portée de l’écoute électronique en cas d’urgence en

interception of a private communication only if either the originator or the intended recipient of the communication is “the person who would perform the act that is likely to cause the harm or is the victim, or intended victim, of the harm”.

[51] It is accepted that the perpetrator would include aiders and abettors, as parties to an offence under s. 21 or s. 22 of the *Criminal Code*. The trial judge in this case (paras. 180-85), as in *Riley (No. 1)*, at para. 29, found that victim or intended victim was restricted to those who were direct victims of the serious harm.

[52] The Crown seeks a broad and expansive interpretation of “victim” or “intended victim” to include family members who would be affected by the serious harm done to a relative. The Attorney General of Ontario supports this interpretation and points to the definition of victim for the purposes of victim impact statements in s. 722(4) of the *Code* which includes “a person to whom harm was done or who suffered physical or emotional loss as a result of the commission of the offence”.

[53] The Crown argues that such a broad interpretation is warranted because an overly narrow interpretation of the word “victim” limits the potential effectiveness of s. 184.4 and the ultimate goal of protecting the public. The Attorney General of Ontario argues that a narrow interpretation would lead to the absurd situation where the communications of a parent of a child could not be intercepted in urgent circumstances involving the abduction of that child, in an effort to get the child back alive. However, it is unnecessary to broaden the definition of victim in order to address such a situation. In the case of a kidnapped child, the police may well have reasonable grounds to believe that the abductor will call the parents for ransom and could thus set up the capacity to intercept a call. Crown counsel advised that in such circumstances, live monitoring of the parents’ communications would ensure that only those communications involving

n’autorisant l’interception d’une communication privée que si l’auteur de celle-ci ou la personne à laquelle ce dernier la destine est « soit la victime ou la personne visée, soit la personne dont les actes sont susceptibles de causer les dommages ».

[51] Il est reconnu que, selon l’art. 21 ou 22 du *Code criminel*, non seulement l’auteur de l’infraction, mais aussi ceux et celles qui l’aident ou l’encouragent à la commettre, participent à l’infraction. Le juge du procès en l’espèce (par. 180-185), tout comme celui dans *Riley (No. 1)*, par. 29, a conclu que la notion de victime ou de personne visée inclut uniquement la victime directe des dommages sérieux.

[52] Le ministère public propose une interprétation large des termes « victime » ou « personne visée », pour en étendre la portée aux personnes qui seraient touchées par les dommages sérieux causés à un membre de leur famille. Le procureur général de l’Ontario adhère à cette interprétation et souligne la définition du mot « victime » qui figure au par. 722(4) du *Code* aux fins de la déclaration de la victime et qui inclut « la personne qui a subi des pertes ou des dommages — matériels, corporels ou moraux — par suite de la perpétration d’une infraction ».

[53] Le ministère public soutient qu’une interprétation aussi large du mot « victime » est justifiée parce qu’une interprétation trop étroite de ce mot limiterait l’efficacité potentielle de l’art. 184.4 et nuirait à l’atteinte de l’objectif ultime de protection du public. D’après le procureur général de l’Ontario, une interprétation étroite entraînerait un résultat absurde : dans une situation urgente d’enlèvement d’enfant, on ne pourrait pas intercepter les communications du père ou de la mère de l’enfant dans le but de le retrouver vivant. Toutefois, point n’est besoin d’élargir la définition du mot « victime » pour remédier à pareille situation. Si un enfant est enlevé, les policiers peuvent fort bien avoir des motifs raisonnables de croire que le ravisseur appellera les parents pour obtenir une rançon; ils seraient donc en mesure d’installer l’équipement nécessaire à l’interception d’un appel. L’avocat du ministère public a dit qu’en pareilles circonstances,

the perpetrator or the victim are in fact listened to or recorded.

[54] We agree with the trial judge that an interpretation of victim to include those who suffer emotional loss if the threatened harm were to materialize would cast the net too broadly. It would introduce far more uncertainty and scope for the exercise of subjective judgment by the police. Section 184.4(c) qualifies victim as the victim or intended victim of the serious harm. Parliament narrowed the purview of the provision in this way in an obvious recognition of the need to restrict the invasion of privacy while permitting police to address threats of serious harm.

(6) The Breadth of the Definition of “Peace Officer”

[55] Section 184.4 authorizes a “peace officer” to intercept private communications without judicial authorization in certain narrowly prescribed emergency circumstances. A “peace officer” is defined in s. 2 of the *Criminal Code*.

[56] The definition of “peace officer” includes a wide variety of people, including mayors and Reeves, bailiffs engaged in the execution of civil process, guards and any other officers or permanent employees of a prison, and so on. Concern is expressed that the list of persons who may invoke s. 184.4 is too broad and that this could lead to the provision’s misuse, especially in the absence of any accountability requirements. (See the reasons of Davies J., at paras. 234-37, and those of Dambrot J. in *Riley (No. 1)*, at para. 44.)

[57] We, too, have reservations about the wide range of people who, by virtue of the broad definition of “peace officer”, can invoke the extraordinary measures permitted under s. 184.4. The provision may be constitutionally vulnerable for that reason. That said, we lack a proper evidentiary

la surveillance directe des communications des parents garantirait que seules les communications auxquelles participent le ravisseur ou la victime sont en fait écoutées ou enregistrées.

[54] Nous convenons avec le juge du procès qu’on ratisserait trop large en considérant que le mot « victime » s’entend notamment de la personne qui subirait des dommages moraux si le préjudice appréhendé se concrétisait. Pareille interprétation créerait beaucoup plus d’incertitude et laisserait beaucoup plus de place à l’exercice du jugement subjectif des policiers. L’alinéa 184.4c) précise que la victime est la personne qui a subi les dommages sérieux ou la personne visée. Le législateur a limité ainsi la portée de cette disposition dans le but évident de reconnaître la nécessité de restreindre l’atteinte à la vie privée tout en autorisant les policiers à contrer les menaces de dommages sérieux.

(6) La portée de la définition du terme « agent de la paix »

[55] L’article 184.4 habilite un « agent de la paix » à intercepter des communications privées, sans avoir obtenu d’autorisation judiciaire, dans des situations d’urgence étroitement circonscrites. Le terme « agent de la paix » est défini à l’art. 2 du *Code criminel*.

[56] La définition du terme « agent de la paix » s’étend à une grande diversité de personnes, dont les maires et préfets, les huissiers employés à l’exécution des actes judiciaires au civil et les gardes et autres fonctionnaires ou employés permanents d’une prison. Le trop grand nombre de personnes autorisées à invoquer l’art. 184.4 et la possibilité d’abus dans l’application de cette disposition, tout particulièrement en l’absence de tout mécanisme de reddition de compte, a suscité des craintes. (Voir les motifs du juge Davies, par. 234-237, et ceux du juge Dambrot dans *Riley (No. 1)*, par. 44.)

[57] Nous émettons nous aussi des réserves sur la multitude de personnes qui, par le jeu de la définition large du terme « agent de la paix », sont habilitées à employer les mesures extraordinaires prévues à l’art. 184.4. Il se peut que cette disposition soit vulnérable sur le plan constitutionnel pour

foundation to determine the matter. Any conclusion must await a proper record. The case at hand involves police officers and no one questions their right to invoke s. 184.4.

(7) Conclusion: Scope of Section 184.4

[58] This is the only wiretapping power in Part VI that does not require either consent of one of the parties to the communication or judicial pre-authorization; however, Parliament incorporated objective standards and strict conditions which ensure that unauthorized interceptions are available only in exigent circumstances to prevent serious harm. The onus, of course, rests with the Crown to show on balance that the conditions have been met.

[59] The provision imports an objective standard — credibly based probability for each of the requirements embedded in the section. The conditions incorporate implicit and strict temporal limitations. As time goes by it may be more difficult to satisfy the requirement that an authorization could not have been obtained with reasonable diligence, the situation is urgent or it is immediately necessary to prevent serious harm. Only private communications in which the originator or the intended recipient is either the perpetrator or the victim (or intended victim) of the serious harm may be intercepted. We conclude that properly interpreted the section is not vague or overbroad as it relates to police officers and the prerequisites restrict the availability of this section to genuine emergency circumstances.

C. *What Authorizations Are Available to Police With Reasonable Diligence in Urgent Situations? In Particular, What Is the Scope of Section 188?*

[60] Section 188(1) and (2) provides:

cette raison. Cela dit, nous ne disposons pas d'une preuve suffisante pour trancher la question. Toute conclusion à son égard devra être tirée à partir d'un dossier suffisamment étoffé. La présente affaire met en cause des policiers, et leur droit de recourir à l'art. 184.4 n'est nullement contesté.

(7) Conclusion : la portée de l'art. 184.4

[58] Parmi tous les pouvoirs d'écoute électronique conférés dans la partie VI, seul celui établi par l'art. 184.4 peut être exercé sans le consentement d'une partie à la communication, ni autorisation judiciaire préalable. Le législateur l'a toutefois assorti de normes objectives et de conditions strictes garantissant que les communications ne seront interceptées sans autorisation qu'en situation d'urgence pour prévenir des dommages sérieux. Bien entendu, il incombe au ministère public de démontrer selon la norme de la prépondérance que ces conditions sont réunies.

[59] Cette disposition inclut une norme objective — la probabilité fondée sur la crédibilité quant au respect de chaque condition qui y est énoncée. Ces conditions comportent des limites temporelles implicites et strictes. Avec le temps, il peut devenir plus difficile d'établir qu'une autorisation n'aurait pas pu être obtenue, avec toute la diligence raisonnable, que la situation est urgente ou que l'interception immédiate est nécessaire pour prévenir des dommages sérieux. Ne peuvent être interceptées que les communications privées dont l'auteur ou le destinataire est soit la personne qui commettrait l'acte illicite, soit sa victime (ou la personne visée). Nous concluons que cette disposition, interprétée correctement, n'est pas vague et n'a pas une portée excessive en ce qui concerne les policiers, et que les conditions préalables à son application limitent l'exercice du pouvoir qu'elle confère aux véritables situations d'urgence.

C. *Quelles autorisations les policiers peuvent-ils obtenir avec toute la diligence raisonnable dans les situations d'urgence? Plus précisément, quelle est la portée de l'art. 188?*

[60] Les paragraphes 188(1) et (2) sont ainsi libellés :

188. (1) Notwithstanding section 185, an application made under that section for an authorization may be made *ex parte* to [a specially designated judge by a specially designated peace officer] if the urgency of the situation requires interception of private communications to commence before an authorization could, with reasonable diligence, be obtained under section 186.

(2) Where the judge to whom an application is made pursuant to subsection (1) is satisfied that the urgency of the situation requires that interception of private communications commence before an authorization could, with reasonable diligence, be obtained under section 186, he may, on such terms and conditions, if any, as he considers advisable, give an authorization in writing for a period of up to thirty-six hours.

Section 186(1)(b) reads as follows:

186. (1) An authorization under this section may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

[61] As we have explained, s. 184.4 is an emergency provision. It does away with the need to obtain prior judicial authorization in circumstances of dire emergency; it does not do away with the need to obtain a judicial authorization altogether. On the contrary, as was pointed out above, once s. 184.4 has been invoked, the police must, where possible, move with all reasonable dispatch to obtain a judicial authorization under Part VI of the *Code*.

[62] Once the police have begun intercepting private communications under s. 184.4, the speed with which they can obtain the follow-up judicial authorization plays a role in assessing whether s. 184.4 passes constitutional muster. The importance of a process that enables the police to move

188. (1) Par dérogation à l'article 185, une demande d'autorisation visée au présent article peut être présentée *ex parte* à un juge [spécialement désigné] par un agent de la paix spécialement désigné [. . .] si l'urgence de la situation exige que l'interception de communications privées commence avant qu'il soit possible, avec toute la diligence raisonnable, d'obtenir une autorisation en vertu de l'article 186.

(2) Lorsque le juge auquel une demande est présentée en application du paragraphe (1) est convaincu que l'urgence de la situation exige que l'interception de communications privées commence avant qu'il soit possible, avec toute la diligence raisonnable, d'obtenir une autorisation en vertu de l'article 186, il peut, selon les modalités qu'il estime à propos le cas échéant, donner une autorisation écrite pour une période maximale de trente-six heures.

L'alinéa 186(1)b) est ainsi libellé :

186. (1) Une autorisation visée au présent article peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu que :

b) d'autre part, d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

[61] Comme nous l'avons déjà expliqué, l'art. 184.4 s'applique en cas d'urgence. Il permet, en cas d'extrême urgence, non pas de s'affranchir complètement de l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire, mais de se soustraire à l'exigence d'en obtenir une au préalable. Au contraire, et nous l'avons souligné précédemment, dès qu'ils recourent à l'art. 184.4, les policiers doivent, dans la mesure du possible, agir avec toute la célérité raisonnable pour demander une autorisation judiciaire sous le régime de la partie VI du *Code*.

[62] Lorsque les policiers ont déjà commencé à intercepter des communications privées en vertu de l'art. 184.4, la célérité avec laquelle ils peuvent obtenir une autorisation judiciaire pour continuer à les intercepter joue un rôle dans l'appréciation de la constitutionnalité de l'art. 184.4. L'importance

quickly is self-evident. By alleviating the need for prior judicial authorization, s. 184.4 departs from the presumptive constitutional standard that applies to searches or seizures in the criminal law domain. Hence, the need for a process that can be accessed expeditiously with a view to limiting, within reason, the length of time that unauthorized interceptions under s. 184.4 may lawfully be continued. That, in our view, is where s. 188 of the *Code*, properly interpreted, comes into play. It provides a streamlined process for obtaining a temporary authorization in circumstances of urgency.

[63] The standard process that must be followed to obtain a third-party wiretap authorization is set out in ss. 185 and 186. In broad terms, s. 185 requires, among other things, that an application be made to a judge in writing and that it be accompanied by an affidavit. The affidavit must address six identified matters, including the facts relied on to justify the authorization; the particulars of the offence under investigation; the type of private communications proposed to be intercepted; the names, addresses and occupations of persons whose private communications may assist in the investigation; the background and history of any prior applications and so on.

[64] The preparation of a s. 185 affidavit can be a daunting, labour-intensive task. Leaving aside the time needed to collate the pertinent information, the requirement that such information be reduced to writing in the form of an affidavit can significantly increase the length of the process, perhaps by hours, or even days. Added to this is the time a judge may need to review and digest the contents of the affidavit once it has been submitted. And if, after reading the affidavit, the judge is not satisfied, further affidavit material may be required, adding more delay to an already time-consuming and labour-intensive process.

[65] That is the backdrop against which s. 188 of the *Code* must be construed. The provision addresses situations where a wiretap authorization

d'un mécanisme qui permette aux policiers d'agir rapidement va de soi. En levant l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable, l'art. 184.4 déroge à la norme de présomption de constitutionnalité qui s'applique aux fouilles, perquisitions et saisies en matière criminelle. D'où la nécessité d'un processus pouvant être enclenché rapidement de façon que l'interception sans autorisation permise par l'art. 184.4 ne puisse se poursuivre légalement au-delà d'une période raisonnable. À notre avis, c'est là qu'intervient l'art. 188 du *Code*, interprété correctement. Cette disposition prévoit un mécanisme simplifié pour l'obtention d'une autorisation temporaire en cas d'urgence.

[63] La procédure normale d'autorisation d'écoute électronique des communications d'un tiers est énoncée aux art. 185 et 186. En termes généraux, l'art. 185 requiert entre autres qu'une demande soit présentée par écrit à un juge et qu'elle soit accompagnée d'un affidavit. L'affidavit doit traiter de six questions prédéterminées, notamment les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier l'autorisation; les détails relatifs à l'infraction sur laquelle porte l'enquête; le genre de communications privées que l'on se propose d'intercepter; les noms, adresses et professions des personnes dont les communications privées pourraient être utiles à l'enquête; le contexte et le sort de toute demande précédente.

[64] La rédaction de l'affidavit visé à l'art. 185 est une tâche qui peut s'avérer décourageante et laborieuse. Outre le temps nécessaire pour rassembler les renseignements pertinents, le fait d'avoir à les consigner dans un affidavit risque de rallonger beaucoup le processus, peut-être de plusieurs heures, voire de quelques jours. Une fois l'affidavit déposé, il faut aussi compter le temps que prendra le juge à le lire et à en examiner le contenu. Et si le juge n'est pas convaincu à la lecture du document, un ou plusieurs affidavits complémentaires pourraient être requis, ce qui retardera encore davantage un processus déjà long et astreignant.

[65] C'est dans cette optique qu'il faut interpréter l'art. 188 du *Code*. Cette disposition a été conçue pour les situations où l'autorisation

is needed on an urgent basis. It permits a specially designated peace officer to seek a 36-hour wiretap authorization from a specially designated judge where the urgency of the situation requires the interception of private communications to commence before an authorization could “with reasonable diligence” be obtained under s. 186 of the *Code*. While the section incorporates the so-called “investigative necessity” requirements of s. 186(1)(b) of the *Code*, where the conditions of s. 184.4 have been met, the police should have little difficulty satisfying the third branch of the paragraph which contemplates emergency situations (see *Araujo*, at para. 27).

[66] For present purposes, a critical question that arises in relation to s. 188 is whether the application seeking an authorization and the information presented in support of it must be in writing, as required under s. 185, or whether the process can be conducted orally. The answer will help determine the amount of time needed to obtain a s. 188 authorization.

[67] The controversy arises from the opening words of s. 188(1) which read as follows:

188. (1) Notwithstanding section 185, an application made under that section for an authorization may be made *ex parte*

[68] In *R. v. Galbraith* (1989), 49 C.C.C. (3d) 178, the Alberta Court of Appeal held that since s. 178.15 (now s. 188 as amended) made no mention of the need for an affidavit, an emergency authorization could be granted on the basis of *viva voce* evidence under oath, probably memorialized in some way. The words “under that section”, in English, and “*visée au présent article*”, in French, were added subsequent to this decision (S.C. 1993, c. 40, s. 8).

[69] In *Riley* (No. 2), Dambrot J. considered the issue and concluded, at para. 50, that in view of the

d’écoute électronique doit être obtenue de toute urgence. Elle permet à un agent de la paix spécialement désigné de demander à un juge spécialement désigné d’autoriser l’écoute électronique pour une durée de 36 heures lorsque l’urgence de la situation exige que l’interception de communications privées commence avant qu’il soit possible, « avec toute la diligence raisonnable » d’obtenir une autorisation en vertu de l’art. 186 du *Code*. Même si l’art. 188 incorpore les critères de « nécessité pour l’enquête » applicables en vertu de l’al. 186(1)(b) du *Code*, dans le cas où les conditions énumérées à l’art. 184.4 sont réunies, les policiers devraient pouvoir satisfaire sans trop de difficulté au troisième volet de cet alinéa qui vise les situations d’urgence (voir *Araujo*, par. 27).

[66] Le présent pourvoi soulève la question cruciale de savoir si la demande d’autorisation visée à l’art. 188 et les renseignements à l’appui doivent être présentés par écrit, comme l’exige l’art. 185, ou si la procédure peut être menée oralement. La réponse à cette question aidera à évaluer le temps requis pour obtenir une autorisation en vertu de l’art. 188.

[67] Le débat découle des termes liminaires du par. 188(1) :

188. (1) Par dérogation à l’article 185, une demande d’autorisation visée au présent article peut être présentée *ex parte*

[68] Dans l’affaire *R. c. Galbraith* (1989), 49 C.C.C. (3d) 178, la Cour d’appel de l’Alberta a conclu que, comme le libellé de l’art. 178.15 (dont la version modifiée constitue maintenant l’art. 188) ne précisait aucunement qu’un affidavit était nécessaire, l’autorisation en cas d’urgence pouvait être accordée sur la foi d’une preuve présentée oralement sous serment, qui serait probablement conservée d’une manière ou d’une autre. Les mots « *under that section* », dans la version anglaise, et « *visée au présent article* », dans la version française, ont été ajoutés à la suite de cette décision (L.C. 1993, ch. 40, art. 8).

[69] Cet ajout, après l’arrêt *Galbraith*, a amené le juge Dambrot à conclure, au par. 50 de ses motifs

addition of the words “under that section” following *Galbraith*, oral applications were not permitted under s. 188; rather, the process must be conducted in writing in accordance with the requirements of s. 185. He reasoned, at para. 50, “that s. 188 does not create a separate emergency authorization, but merely modifies the procedure for a s. 186 authorization in an emergency. If an emergency application is still an application made under s. 185, then the affidavit requirement in that section would appear to apply to it.”⁵

[70] In the instant case, Davies J. took a different view of the matter. Although he did not analyse the issue, it is apparent from his reasons at paras. 330 and 331 that he endorsed the practice of oral applications under s. 188. According to Crown counsel who appeared on behalf of the appellant, oral applications under s. 188 are routine in British Columbia and this method of proceeding has become standard practice.

[71] In argument before this Court, no one supported the view that applications under s. 188 must be in writing. On the contrary, the broad consensus was that s. 188 applications should be conducted orally as this would serve to expedite the process and further Parliament’s objective in enacting the provision.

[72] We think that is the correct approach. Section 188 is clearly designed to provide a short-term judicial authorization in urgent circumstances. It should be construed in a manner that promotes an efficient and expeditious result and effective judicial oversight. We do not read the opening words of s. 188(1) as mandating a process under that provision that mirrors the “in writing” process required under s. 185. It cannot be that the reference to s. 185 is meant to incorporate all its requirements. Such an interpretation is inconsistent with the purpose of a more streamlined process and with the language

dans *Riley (No. 2)*, que l’art. 188 ne permettait pas les demandes orales, et qu’il fallait plutôt procéder par écrit, conformément aux prescriptions de l’art. 185. Il a expliqué, dans ce même paragraphe, que [TRADUCTION] « l’art. 188 ne crée pas d’autorisation distincte en cas d’urgence, mais modifie simplement la procédure d’autorisation prévue à l’art. 186 lorsqu’il y a urgence. Si la demande d’autorisation en cas d’urgence demeure une demande visée à l’art. 185, l’exigence relative à l’affidavit devrait s’y appliquer. »⁵

[70] En l’espèce, le juge Davies a adopté un autre point de vue. Bien qu’il n’ait pas examiné cette question, il ressort de ses motifs, aux par. 330 et 331, qu’il accepte la présentation orale de demandes en vertu de l’art. 188. Selon le représentant du ministère public qui a témoigné au nom de l’appelante, les demandes orales présentées au titre de l’art. 188 sont monnaie courante en Colombie-Britannique, et il s’agit maintenant de la pratique habituelle.

[71] Devant notre Cour, personne n’a fait valoir que la demande prévue à l’art. 188 devait être présentée par écrit. Au contraire, le consensus général veut qu’elle soit présentée oralement, ce qui permet d’accélérer la procédure et sert l’objectif visé par le législateur dans cette disposition.

[72] Nous estimons qu’il s’agit de la bonne interprétation. De toute évidence, l’art. 188 a été conçu pour offrir une autorisation judiciaire à court terme en cas d’urgence. Il faut donc l’interpréter de manière à favoriser un résultat efficace et rapide ainsi qu’une véritable surveillance par les tribunaux. Selon nous, le début du par. 188(1) n’impose pas une démarche qui reflète en tous points la présentation d’une demande « par écrit » prévue à l’art. 185. Le simple renvoi à l’art. 185 ne saurait avoir pour effet d’incorporer tous les éléments de cette disposition. Pareille interprétation n’est conforme

5 Although *Galbraith* was initially followed in Ontario (see *R. v. Laudicina* (1990), 53 C.C.C. (3d) 281 (H.C.J.)), more recent authorities have adopted Dambrot J.’s analysis in *Riley (No. 2)* (see *Deacon*, at para. 109, and *Moldovan*, at para. 61).

5 Même si l’arrêt *Galbraith* a d’abord été suivi en Ontario (voir *R. c. Laudicina* (1990), 53 C.C.C. (3d) 281 (H.C.J.)), la jurisprudence récente a adopté l’analyse du juge Dambrot dans *Riley (No. 2)* (voir *Deacon*, par. 109, et *Moldovan*, par. 61).

of s. 188. Importing all the requirements of s. 185 would make the opening words “[n]otwithstanding section 185” meaningless. Beyond that, the words “under that section” are at best ambiguous and can simply be interpreted as referring to the type of application (a third-party wiretap application) contemplated by s. 185. Moreover, the French version reads “*visée au présent article*” (under *this* section).

[73] The fact that applications may be conducted orally under s. 188 does not however obviate the need for unauthorized emergency interceptions under s. 184.4. While oral applications may be less cumbersome and labour-intensive than applications in writing, they still take time. The notion that oral applications can be commenced and completed in a matter of minutes, as the trial judge in the instant case seems to have suggested,⁶ is in our respectful view highly unrealistic.

[74] Even with the benefit of an oral application, it is impossible to predict with any accuracy the length of time that it will take, in any given case, to collate the information needed to make a s. 188 application, convey it to a designated officer, locate a designated judge and communicate the pertinent information to that judge. Whatever length of time the process may take, measured against a standard of reasonable diligence, precious time may be lost, thereby exposing people and property to precisely the type of harm that s. 184.4 was enacted to prevent.

6 Davies J. found that it was possible to “articulate the necessary facts to establish the need for an emergency wiretap authorization” in a “very limited time”. He referred to Corporal McDonald’s testimony at trial and his ability “to communicate, without prompting, not only his thought process but also his command of the facts upon which he based his decision [to implement s. 184.4] in the courtroom in less than ten minutes” (para. 330).

ni à l’objectif d’une procédure simplifiée ni au libellé de l’art. 188. Importer dans cette disposition tous les éléments de l’art. 185 viderait de leur sens les mots « [p]ar dérogation à l’article 185 ». En outre, les mots « *under that section* » dans la version anglaise sont au mieux ambigus et peuvent être interprétés comme renvoyant simplement au genre de demande (soit une demande d’écoute électronique des communications d’un tiers) que vise l’art. 185. Qui plus est, cette ambiguïté n’existe pas dans la version française.

[73] La possibilité de présenter une demande oralement en vertu de l’art. 188 ne rend toutefois pas inutile l’interception sans autorisation en cas d’urgence prévue à l’art. 184.4. Bien que les demandes orales soient peut-être plus simples et moins laborieuses que les demandes écrites, elles requièrent quand même un certain temps. En toute déférence, nous estimons qu’il serait très irréaliste de penser qu’une demande orale puisse être présentée et tranchée en quelques minutes à peine, comme l’a laissé entendre le juge de première instance en l’espèce⁶.

[74] Même si une demande est présentée oralement, il est impossible de prévoir exactement le temps qu’il faudra, dans un cas en particulier, pour rassembler les renseignements nécessaires à la préparation d’une demande en vertu de l’art. 188, les transmettre à un agent spécialement désigné, trouver un juge spécialement désigné et lui communiquer ces renseignements. Peu importe la durée de ce processus — évaluée selon la norme de la diligence raisonnable —, on risque de perdre un temps précieux et d’exposer de ce fait des personnes et des biens au genre de dommages que l’art. 184.4 vise justement à prévenir.

6 Selon le juge Davies, il serait possible de [TRADUCTION] « présenter les faits nécessaires pour démontrer qu’il est nécessaire d’obtenir une autorisation d’écoute électronique d’urgence » en « très peu de temps ». Il a fait référence au témoignage du caporal McDonald au procès et à sa capacité « d’expliquer, de son propre chef, non seulement son raisonnement, mais également sa perception des faits sur lesquels il a fondé sa décision [d’appliquer l’art. 184.4] dans la salle d’audience en moins de dix minutes » (par. 330).

[75] In short, we believe that applications under s. 188 may be made orally. The evidence in support of an oral application should be given on oath or solemn affirmation. Moreover, like the court in *Galbraith*, we believe that the proceedings should be memorialized, by way of a verbatim recording or some other means. Doing so would ensure the existence of a full and accurate record. It would also shed light on the facts and circumstances that caused the authorities to invoke s. 184.4 in the first place, thereby ameliorating a concern raised by several of the parties and interveners that s. 184.4 does not require any form of record keeping.

[76] Some of the parties and interveners raised the prospect of obtaining s. 188 authorizations by telephone or other means of telecommunication, especially in circumstances where it would be impracticable for the applicant to appear in person before a judge. We would not foreclose that possibility. We can foresee situations, especially in remote areas of the country, where many hours might be lost in travel time while a designated agent makes his or her way to a designated judge. However, the issue was not fully argued before us and we refrain from commenting further on it.

[77] One final observation before leaving this subject. Section 184.4 is preventative in nature. It seeks to prevent the occurrence of offences that would cause serious harm to people or property. When s. 184.4 is invoked, it will generally be the case that an offence has been committed or is being committed. But that may not always be so. When no offence has been or is being committed, s. 188 cannot be accessed. It and s. 186 are evidence-gathering provisions and they can only be invoked where there are reasonable grounds to believe that an offence has been, or is being committed and that the proposed interceptions will afford evidence of that offence. (See *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), at pp. 656-57, and *Duarte*, at p. 55.)

[75] Bref, nous sommes d'avis que la demande visée à l'art. 188 peut être présentée oralement et que la preuve à l'appui devrait être communiquée sous serment ou par affirmation solennelle. En outre, à l'instar de la cour dans *Galbraith*, nous estimons qu'il importe de conserver un compte rendu de la procédure, par un enregistrement textuel ou par un autre moyen. Cette façon de faire assurerait l'existence d'un dossier complet et exact. Elle permettrait en outre de connaître les faits et circonstances ayant motivé le recours initial à l'art. 184.4, ce qui pallierait la lacune que déplorent plusieurs parties et intervenants, soit l'absence d'obligation de conserver quelque dossier que ce soit de l'exercice du pouvoir prévu à l'art. 184.4.

[76] Certains parmi les parties et les intervenants ont soulevé la possibilité d'obtenir l'autorisation visée à l'art. 188 par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication, tout particulièrement si les circonstances rendent peu commode pour le demandeur de se présenter en personne devant le juge. Nous n'excluons pas cette possibilité. Nous pouvons imaginer des situations, surtout en région éloignée, où l'agent désigné perdrait de nombreuses heures à se rendre auprès d'un juge désigné. Toutefois, cette question n'a pas été débattue à fond devant nous et nous ne nous y attardons pas davantage.

[77] Nous ferons une dernière observation avant de clore ce volet. L'article 184.4 a une vocation préventive; il a pour objet de prévenir les infractions qui causeraient des dommages sérieux à une personne ou un bien. Lorsqu'il y a interception en vertu de l'art. 184.4, il s'avérera généralement qu'une infraction a été perpétrée ou est en cours, mais ce n'est pas toujours le cas. Or, en l'absence d'infraction, l'art. 188 ne peut pas être invoqué, car cette disposition et l'art. 186 servent à recueillir des éléments de preuve et ne s'appliquent que s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou est en cours et que l'interception demandée permettra d'en prouver la perpétration. (Voir *R. c. Finlay and Grellette* (1985), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), p. 656-657, et *Duarte*, p. 55.)

[78] Hence, in those rare cases where s. 184.4 is invoked but no crime has been or is being committed, s. 188 will be unavailable. In such cases, the inability of the police to access s. 188 should not be viewed as an obstacle to the use of s. 184.4. (See *Riley (No. 1)*, where Dambrot J. addresses this issue, correctly in our view, at paras. 24-27.)

D. Does Section 184.4 Lack Accountability Measures or Specific Limitations, in Breach of Section 8 of the Charter?

[79] The respondents and several interveners submitted that the particular power enacted in s. 184.4 constitutes an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Charter*, because it lacks accountability measures that allow for oversight of police conduct. Further, they variously submitted that a number of additional conditions or limitations were required for constitutional purposes.

[80] The issues raised include the following:

- (i) The lack of a notice requirement;
- (ii) The lack of a reporting requirement to Parliament;
- (iii) The lack of a record-keeping requirement; and
- (iv) The need to restrict the use that can be made of the interceptions.

(1) *The Lack of a Notice Requirement*

[81] Persons who have been targeted under s. 184.4, including victims and suspected perpetrators, may never become aware that their private communications have been intercepted. Section 184.4, in its present form, contains no “after-the-fact” notice requirement. That distinguishes s. 184.4 emergencies from other emergency situations where a lack of prior judicial authorization has not proved fatal for s. 8 purposes. Davies J. recognized this distinction, correctly in our view, at para. 218 of his reasons:

[78] Par conséquent, dans les rares cas où on a recours à l’art. 184.4 et où aucune infraction n’a été commise ou est en cours, il ne sera pas possible d’avoir recours à l’art. 188. Dans de tels cas, l’impossibilité pour les policiers d’utiliser l’art. 188 ne devrait pas être considérée comme un obstacle à l’application de l’art. 184.4. (Voir *Riley (No. 1)*, par. 24-27, où le juge Dambrot statue, correctement selon nous, sur la question.)

D. L’article 184.4 contrevient-il à l’art. 8 de la Charte du fait qu’il n’établit aucun mécanisme de reddition de compte ni limite précise?

[79] Les intimés et plusieurs intervenants font valoir que l’exercice du pouvoir conféré par l’art. 184.4 constitue une fouille, perquisition ou saisie abusive interdite par l’art. 8 de la *Charte*, parce qu’il n’est assorti d’aucune mesure de reddition de compte permettant la surveillance de la conduite policière. De plus, selon eux, la constitutionnalité de cette disposition requiert diverses conditions ou limites supplémentaires.

[80] Les questions soulevées sont notamment les suivantes :

- (i) l’absence d’obligation de donner un avis;
- (ii) l’absence d’obligation de faire rapport au Parlement;
- (iii) l’absence d’obligation de conserver un dossier;
- (iv) la nécessité de restreindre l’utilisation des communications interceptées.

(1) *L’absence d’obligation de donner un avis*

[81] Il se peut que les personnes ciblées par l’application de l’art. 184.4, qu’elles soient des victimes ou des suspects, ne sachent jamais que leurs communications privées ont été interceptées. Dans sa forme actuelle, l’art. 184.4 n’oblige pas à aviser l’intéressé après coup. Cela distingue les cas d’urgence visés à cette disposition des autres situations d’urgence où l’absence d’autorisation judiciaire préalable n’a pas été jugée fatale au regard de l’art. 8 de la *Charte*. Le juge Davies a reconnu cette distinction, à bon droit selon nous, au par. 218 de ses motifs :

The interception of private communications in exigent circumstances is not like situations of hot pursuit, entry into a dwelling place to respond to a 9-1-1 call, or searches incidental to arrest when public safety is engaged. In those circumstances, the person who has been the subject of a search will immediately be aware of both the circumstances and consequences of police action. The invasion of privacy by interception of private communications will, however, be undetectable, unknown and undiscoverable by those targeted unless the state seeks to rely on the results of its intentionally secretive activities in a subsequent prosecution.

[82] Accountability for police use of wiretapping without judicial authorization is important for s. 8 purposes. In *Hunter v. Southam*, Dickson J. explained that “[a] provision authorizing . . . an unreviewable power would clearly be inconsistent with s. 8 of the *Charter*” (p. 166). In the context of Part VI of the *Code*, apart from interceptions authorized under s. 184.1,⁷ accountability is achieved by means of after-the-fact notice and reporting.

[83] After-the-fact notice should not be viewed as irrelevant or of little value for s. 8 purposes. In this regard, we agree with the observations of the intervenor Criminal Lawyers’ Association (Ontario):

. . . notice is neither irrelevant to s. 8 protection, nor is it a “weak” way of protecting s. 8 rights, simply because it occurs *after* the invasion of privacy. A requirement of after-the-fact notice casts a constitutionally important light back on the statutorily authorised intrusion. The right to privacy implies not just freedom from unreasonable search and seizure, but also the ability to identify and challenge such invasions, and to seek a meaningful remedy. Notice would enhance all these

⁷ Section 184.1 deals with consent interceptions to prevent bodily harm. While it contains neither a notice provision nor a reporting obligation, accountability is achieved through strict rules that govern the use and destruction of communications that are intercepted pursuant to it.

[TRADUCTION] L’interception de communications privées en cas d’urgence se distingue des situations comme les prises en chasse, l’entrée dans une résidence en réponse à un appel au service 9-1-1 ou les fouilles ou perquisitions accessoires à une arrestation dans les cas où la sécurité publique est menacée. Dans ces situations, la personne qui est visée par une fouille ou une perquisition connaît immédiatement les circonstances et les conséquences de l’action policière. Par contre, la personne dont les communications privées sont interceptées n’a aucun moyen de détecter, de connaître ni de découvrir cette atteinte à sa vie privée à moins que l’État ne décide de fonder une poursuite ultérieure sur le résultat de ses activités intentionnellement secrètes.

[82] Pour l’application de l’art. 8 de la *Charte*, il est important que la police rende des comptes lorsqu’elle recourt à l’écoute électronique sans autorisation judiciaire. Dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, le juge Dickson a expliqué : « Une disposition autorisant un [. . .] pouvoir non susceptible de révision serait manifestement incompatible avec l’art. 8 de la *Charte*. » (p. 166). Dans le contexte de la partie VI du *Code*, sauf dans le cas des interceptions autorisées par l’art. 184.1⁷, les mécanismes de reddition de compte établis sont la communication d’un avis après coup et la production d’un rapport.

[83] Il ne faut pas minimiser l’importance ni la pertinence de l’avis donné après coup pour l’application de l’art. 8 de la *Charte*. À cet égard, nous retenons les observations suivantes de l’intervenante la Criminal Lawyers Association (Ontario) :

[TRADUCTION] . . . l’avis n’est ni dénué de pertinence pour la protection des droits garantis par l’art. 8, ni une mesure de protection « faible » de ces droits simplement parce qu’il intervient *après* l’atteinte à la vie privée. L’obligation d’aviser l’intéressé après coup braque rétrospectivement sur l’intrusion autorisée par la loi un éclairage important sur le plan constitutionnel. Le droit à la vie privée s’entend non pas seulement de la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies

⁷ L’article 184.1 porte sur les interceptions avec consentement visant à prévenir des lésions corporelles. Bien qu’il ne crée aucune obligation de communiquer un avis ni de faire rapport, la reddition de compte est assurée par les règles strictes régissant l’utilisation des communications interceptées en vertu de cet article et la destruction de leurs transcriptions.

interests. In the case of a secret warrantless wiretap, notice to intercepted person stands almost alone as an external safeguard. [Emphasis in original; footnote omitted; Factum, at para. 31.]

[84] The jurisprudence is clear that an important objective of the prior authorization requirement is to prevent unreasonable searches. In those exceptional cases in which prior authorization is not essential to a reasonable search, additional safeguards may be necessary, in order to help ensure that the extraordinary power is not being abused. Challenges to the authorizations at trial provide some safeguards, but are not adequate as they will only address instances in which charges are laid and pursued to trial. Thus, the notice requirement, which is practical in these circumstances, provides some additional transparency and serves as a further check that the extraordinary power is not being abused.

[85] In our view, Parliament has failed to provide adequate safeguards to address the issue of accountability in relation to s. 184.4. Unless a criminal prosecution results, the targets of the wiretapping may never learn of the interceptions and will be unable to challenge police use of this power. There is no other measure in the *Code* to ensure specific oversight of the use of s. 184.4. For s. 8 purposes, bearing in mind that s. 184.4 allows for the highly intrusive interception of private communications without prior judicial authorization, we see that as a fatal defect. In its present form, the provision fails to meet the minimum constitutional standards of s. 8 of the *Charter*.

[86] After-the-fact notice, such as that currently found at s. 196(1), is one way of correcting this deficiency; it may not be the only one. Other effective means are no doubt open to Parliament. We

abusives, mais également de la capacité de les déceler, de les contester et d'obtenir une véritable réparation. La communication de l'avis sert l'ensemble de ces intérêts. En cas d'écoute électronique menée secrètement sans mandat, l'avis à la personne qui en a fait l'objet constitue pratiquement sa seule protection externe. [Italiques dans l'original; note de bas de page omise; mémoire, par. 31.]

[84] Il ressort clairement de la jurisprudence qu'un objectif important de l'obligation d'obtenir une autorisation préalable consiste à prévenir les fouilles et perquisitions abusives. Or, dans les situations exceptionnelles où l'obtention d'une telle autorisation préalable n'est pas essentielle pour qu'une fouille ou perquisition ne soit pas abusive, d'autres mesures de protection peuvent être nécessaires pour aider à prévenir le recours abusif à ce pouvoir extraordinaire. La possibilité de contester l'autorisation au procès constitue l'une de ces mesures, mais elle ne suffit pas, car elle n'intervient que dans les cas où des accusations sont déposées et un procès est intenté. Par conséquent, l'obligation de donner un avis, une solution pratique dans les circonstances, permet d'accroître la transparence et sert de rempart supplémentaire contre l'abus dans l'exercice de ce pouvoir extraordinaire.

[85] À notre avis, le législateur n'a pas assorti l'art. 184.4. de mesures de reddition de compte suffisantes. À moins qu'une poursuite criminelle ne soit intentée, les cibles de l'interception risquent de n'être jamais informées de l'opération et ne pourront pas contester l'exercice de ce pouvoir par les policiers. Aucune autre disposition du *Code* ne permet la surveillance de l'exercice du pouvoir conféré à l'art. 184.4. En ce qui a trait à sa conformité avec l'art. 8, l'art. 184.4 permettant l'interception très attentatoire de communications privées sans autorisation judiciaire préalable, nous estimons que cette lacune est fatale. Dans sa forme actuelle, cette disposition ne satisfait pas aux normes constitutionnelles minimales qui en assureraient la conformité avec l'art. 8 de la *Charte*.

[86] La communication d'un avis après coup, comme celui prévu au par. 196(1), constitue un moyen de corriger cette lacune, mais ce n'est peut-être pas le seul. Le législateur pourrait sans doute

note, however, that on three prior occasions, the government has introduced legislation designed to incorporate a notice provision into s. 184.4, akin to the notice provision found in s. 196(1) of the *Code*.⁸

(2) *The Lack of a Reporting Requirement to Parliament*

[87] Section 195(1) of the *Code* requires that reports of judicial authorizations granted under either s. 186 or s. 188 of the *Code* be sent to Parliament. While other reasons may exist, one of the purposes served by s. 195 is to apprise Parliament of the frequency with which the police intercept private communications and the circumstances under which such interceptions are made.

[88] Section 184.4 requires no such reporting. The trial judge found this to be a constitutional deficiency. In his view, combined with the absence of a notice requirement, it eliminated without justification “the constitutional safeguards necessary to balance the interests of the state in preventing harm and prosecuting crime with its obligation to protect s. 8 *Charter* rights” (para. 240, subpara. 4). While exigent circumstances and the need to protect people and property from imminent serious harm could justify granting the state greater leeway than normal “in the invasion of privacy rights”, exigency could not be used “to excuse the elimination of those constitutional safeguards that are not impacted by the imperatives of an emergency” (para. 240, subpara. 5).

⁸ Bill C-30 has been introduced in the House of Commons on February 14, 2012, and incorporates a s. 196.1 after-the-fact notice provision and a s. 195 “Annual Report to Parliament” requirement for s. 184.4 purposes. Its predecessor, Bill C-31, was introduced on May 15, 2009. It died on the Order Paper due to the prorogation of Parliament on December 30, 2009. The bill was reintroduced as Bill C-50 on October 29, 2010, but it too died on the Order Paper, in March 2011.

prendre d’autres mesures efficaces. Néanmoins, nous soulignons que le gouvernement a déposé à trois reprises un projet de loi visant à assortir l’art. 184.4 d’une obligation de donner un avis semblable à celui prévu au par. 196(1) du *Code*.⁸

(2) *L’absence d’obligation de faire rapport au Parlement*

[87] Le paragraphe 195(1) du *Code* impose l’obligation de faire rapport au Parlement des autorisations judiciaires accordées en vertu des art. 186 et 188. L’article 195 a peut-être d’autres raisons d’être, mais il a notamment pour objet d’informer le Parlement de la fréquence et des circonstances des interceptions de communications privées par la police.

[88] Aucun rapport de ce genre n’est exigé à l’art. 184.4. Le juge de première instance estimait qu’il s’agissait là d’une lacune sur le plan constitutionnel. À son avis, cette lacune, combinée à l’absence d’obligation de donner un avis, élimine sans justification [TRADUCTION] « les protections constitutionnelles nécessaires à l’équilibre entre les intérêts de l’État — à prévenir les méfaits et à entamer des poursuites criminelles — et son obligation de protéger les droits garantis par l’art. 8 de la *Charte* » (par. 240, al. 4). Malgré que les situations d’urgence et la nécessité de protéger les personnes et les biens contre des dommages sérieux imminents puissent justifier que l’on accorde à l’État une plus grande latitude que celle qu’il a habituellement [TRADUCTION] « dans l’atteinte aux droits à la vie privée », l’urgence ne saurait « justifier l’élimination des protections constitutionnelles sur lesquelles les impératifs de la situation d’urgence n’ont aucune incidence » (par. 240, al. 5).

⁸ Déposé à la Chambre des communes le 14 février 2012, le projet de loi C-30 assortit l’art. 184.4 d’une obligation de donner un avis après coup, par adjonction de l’art. 196.1, et d’une obligation de présenter un « Rapport annuel au Parlement » conformément à l’art. 195. Son prédécesseur, le projet de loi C-31, avait été déposé le 15 mai 2009 et était mort au Feuilleton par suite de la prorogation du Parlement le 30 décembre 2009. Déposé de nouveau sous le numéro C-50 le 29 octobre 2010, le projet de loi est mort au Feuilleton encore une fois en mars 2011.

[89] Accountability on the part of those who intercept private communications under s. 184.4 without judicial authorization is an important factor in assessing the constitutionality of s. 184.4. As we have explained, the lack of a notice requirement or some other satisfactory substitute renders the provision constitutionally infirm. Added safeguards, such as the preparation of reports for Parliament, would certainly be welcome. As a matter of policy, a reporting regime that keeps Parliament abreast of the situation on the ground would seem to make good sense. That said, we do not see it as a constitutional imperative.

[90] While we accept that the reporting requirements in s. 195 of the *Code* can be described as a measure of accountability, we adopt the view of Dambrot J. in *Riley (No. 1)*, at para. 117, that “a legislative reporting requirement such as s. 195 that does not provide for active oversight of wiretapping generally, far less any particular use of the wiretap provisions, cannot be a constitutional requirement of a reasonable wiretap power within the meaning of s. 8”.

(3) *The Lack of a Record-Keeping Requirement*

[91] The respondents and some of the interveners submit that without a record-keeping requirement there is no ability to review the decisions of the police to invoke the provision.

[92] In our view, this is yet another aspect of ensuring accountability. While we have concluded that an accountability mechanism is necessary to protect the important privacy interests at stake, we are satisfied that a notice provision would adequately meet that need. In emergency situations of a kind that would justify the use of s. 184.4, the police will be focussed on the emergency and it would be impractical to require contemporaneous detailed record keeping in such situations.

[89] L'exigence de reddition de compte à laquelle sont assujetties les personnes qui interceptent des communications privées sans autorisation judiciaire constitue un facteur important dans l'analyse de la constitutionnalité de l'art. 184.4. Comme nous l'avons déjà expliqué, l'absence de toute obligation de donner un avis ou d'autres mesures satisfaisantes vicie cette disposition sur le plan constitutionnel. Des mesures de protection supplémentaires, comme la production de rapports au Parlement, seraient certainement bénéfiques. Comme politique générale, une forme de rapport qui tiendrait le Parlement au courant de l'usage fait sur le terrain de cette disposition semblerait tout indiquée. Cela dit, il ne s'agit pas selon nous d'un impératif constitutionnel.

[90] Nous admettons que le rapport prescrit par l'art. 195 du *Code* peut être qualifié de mécanisme de reddition de compte, mais nous faisons nôtres les propos du juge Dambrot dans *Riley (No. 1)*, au par. 117, selon qui [TRADUCTION] « une obligation légale de présenter un rapport, comme celle imposée à l'art. 195, qui ne permet pas la supervision active de l'écoute électronique en général, et encore moins dans un cas particulier, ne peut constituer une condition à la constitutionnalité d'un pouvoir d'interception au regard de l'art. 8 ».

(3) *L'absence d'obligation de conserver un dossier*

[91] Les intimés et certains intervenants prétendent que, sans exigence relative à la conservation d'un dossier, la décision de la police d'exercer le pouvoir que lui confère l'art. 184.4 ne peut être révisée.

[92] À notre avis, il s'agit d'une autre façon d'assurer une reddition de compte. Bien que nous ayons conclu à la nécessité d'adopter un mécanisme de reddition de compte pour protéger les importants intérêts relatifs à la vie privée en jeu, nous sommes convaincus que l'ajout d'une disposition exigeant un avis suffirait à répondre à ce besoin. Dans les situations d'urgence justifiant le recours à l'art. 184.4, l'attention des policiers sera fixée sur l'urgence et il serait irréaliste de leur demander de constituer un dossier détaillé au même moment dans ces circonstances.

(4) *The Need to Restrict the Use That Can Be Made of the Interceptions*

[93] It was submitted that s. 184.4 should include restrictions similar to those in s. 184.1 limiting the permissible use of the interceptions. Section s. 184.1 permits an agent of the state to intercept communications if the agent believes on reasonable grounds that there is a risk of bodily harm to a person who is a party to the communication and who consents to the interception. Section 184.1(2) makes interceptions admissible in evidence only in proceedings relating to bodily harm and s. 184.1(3) requires that the interceptions be destroyed if they do not relate to bodily harm. Obviously, Parliament struck a different balance with this provision. It requires consent of one of the parties to the communication and imposes restrictions upon its use. Further, it does not contain many of the conditions set out in s. 184.4, including the unavailability of judicial pre-authorization. As discussed above, Parliament has built in a number of conditions to ensure that s. 184.4 is used only in exigent circumstances to prevent serious harm. While a statutory restriction on the use that can be made of the interception is not necessary for constitutional purposes, we make no comment on the admissibility of intercepted communications relating to matters that would not have justified the use of s. 184.4.

IV. Conclusion

[94] Section 184.4 is an emergency provision. It allows for extreme measures in extreme circumstances. It recognizes that on occasion, the privacy interests of some may have to yield temporarily for the greater good of society — here, the protection of lives and property from harm that is both serious and imminent. Parliament has included stringent conditions to ensure that the provision is only

(4) *La nécessité de restreindre l'utilisation des communications interceptées*

[93] On a soutenu devant nous que l'art. 184.4 devait être assorti de limites semblables à celles fixées à l'art. 184.1 pour restreindre les interceptions et l'utilisation des communications interceptées. L'article 184.1 permet à un agent de l'État d'intercepter une communication s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il existe un risque de lésions corporelles pour une partie à la communication qui a consenti à l'interception. Le paragraphe 184.1(2) prévoit que les communications interceptées sont inadmissibles en preuve, sauf dans les procédures relatives à l'infliction de lésions corporelles. Selon le par. 184.1(3), les enregistrements et transcriptions des communications interceptées qui ne sont pas reliées à l'infliction de lésions corporelles doivent être détruits. De toute évidence, le législateur a établi un équilibre différent dans cette disposition. Il exige le consentement d'une partie à la communication et impose des limites à l'utilisation des communications interceptées. En outre, l'art. 184.1 ne comporte pas beaucoup des conditions dont est assorti l'art. 184.4, dont l'impossibilité d'obtenir une autorisation judiciaire préalable. Comme nous l'avons souligné précédemment, le législateur a assujéti le recours à l'art. 184.4 à un certain nombre de conditions de façon à ce qu'il ne soit utilisé qu'en situation d'urgence pour prévenir les dommages sérieux. Bien qu'il ne soit pas nécessaire sur le plan constitutionnel que le texte législatif restreigne l'utilisation des communications interceptées, nous ne nous prononçons pas sur l'admissibilité en preuve de communications interceptées dans le cadre d'affaires qui ne justifieraient pas le recours à l'art. 184.4.

IV. Conclusion

[94] L'article 184.4 vise les situations d'urgence. Il permet la prise de mesures extrêmes dans des circonstances extrêmes. Le législateur y reconnaît que les intérêts des particuliers au respect de leur vie privée doivent parfois être temporairement relégués au second rang pour le bien public — en l'occurrence, pour la protection de vies et de biens contre des dommages sérieux et imminents. Le

used in exigent circumstances. In our view, these conditions effect an appropriate balance between an individual's reasonable expectation of privacy and society's interest in preventing serious harm. To that extent, s. 184.4 passes constitutional muster.

[95] In its present form however, s. 184.4 contains no accountability measures. That, in our view, is fatal and constitutes a breach of s. 8 of the *Charter*.

A. Section 1 Analysis

[96] We must now address whether the provision is justified under s. 1 of the *Charter*. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, established the two questions that must be answered: (1) Does the impugned provision serve a pressing and substantial objective?; and (2) Are the means used to meet the objective proportional to the limit on the right?

[97] In our view, there is little doubt that the objective of preventing serious harm to persons or property in exigent circumstances is pressing and substantial. We also find that this objective is rationally connected to the power provided under s. 184.4.

[98] It is at the proportionality analysis that the provision fails. The obligation to give notice to intercepted parties would not impact in any way the ability of the police to act in emergencies. It would, however, enhance the ability of targeted individuals to identify and challenge invasions to their privacy and seek meaningful remedies. Parliament's goal of preventing reasonably apprehended serious harm could still be achieved by implementing this accountability mechanism.

[99] Because the provision fails to satisfy the second stage of the *Oakes* test, we conclude that s. 184.4 is unconstitutional.

législateur a prévu des conditions strictes pour limiter le recours à cette disposition aux situations d'urgence. À notre avis, ces conditions permettent d'établir un juste équilibre entre l'attente raisonnable d'un particulier quant au respect de sa vie privée et l'intérêt de la société à la prévention des dommages sérieux. Dans cette mesure, l'art. 184.4 est constitutionnel.

[95] Cependant, dans sa forme actuelle, l'art. 184.4 n'inclut aucun mécanisme de reddition de compte. À notre avis, cette lacune lui est fatale et constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*.

A. Analyse au regard de l'article premier

[96] À cette étape, il nous faut déterminer si la disposition est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la Cour a énoncé les deux questions auxquelles il faut répondre, soit : (1) la disposition contestée sert-elle un objectif urgent et réel?; (2) les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont-ils proportionnels à la restriction du droit?

[97] Il nous paraît indubitable que prévenir les dommages sérieux à une personne ou à un bien dans des situations d'urgence constitue un objectif urgent et réel. Nous estimons également que cet objectif a un lien rationnel avec le pouvoir conféré à l'art. 184.4.

[98] C'est à l'étape de l'analyse de la proportionnalité que la disposition échoue. L'obligation d'aviser les personnes dont les communications sont interceptées n'entraverait aucunement l'action policière en cas d'urgence. Elle permettrait en revanche d'accroître la capacité des personnes ciblées de déceler et contester les atteintes à leur vie privée et d'obtenir une véritable réparation. L'objectif du législateur de prévenir les dommages sérieux appréhendés pour des motifs raisonnables pourrait être atteint, même si un tel mécanisme de reddition de compte était mis en place.

[99] Étant donné que l'art. 184.4 ne respecte pas le second volet du test établi dans l'arrêt *Oakes*, nous concluons qu'il est inconstitutionnel.

B. *What is the Appropriate Remedy?*

[100] With respect to remedy, Lamer C.J. considered the means available to cure a breach of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. One such remedy involves reading in; another involves the suspension of the declaration for a period of time.

[101] While reading in a notice requirement may be one available option, it is not appropriate given our additional concern about the breadth of the term “peace officer”. In light of the record before us, we have not reached any conclusion as to the constitutionality of s. 184.4 as it applies to “non-police” peace officers. However, given that the section may be invoked by a wide variety of people, we do not foreclose the possibility that it may be vulnerable for that reason. Parliament may also wish to include a reporting requirement into the provision.

[102] For these reasons, we believe that the appropriate remedy is to declare s. 184.4 unconstitutional and leave it to Parliament to redraft a constitutionally compliant provision. In doing so, Parliament may wish to address the additional concerns we have expressed about the provision in its present form. We would suspend the declaration of invalidity for a period of 12 months to afford Parliament the time needed to examine and redraft the provision.

[103] We declare that s. 184.4 of the *Code* as enacted is constitutionally invalid legislation and suspend this declaration of invalidity for a period of 12 months. We therefore dismiss the appeal but set aside subparas. 1 through 6 of the trial judge’s order, found at para. 454 of his reasons.

Appeal dismissed.

B. *Quelle serait la réparation convenable?*

[100] En ce qui a trait à la réparation, dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, le juge en chef Lamer a passé en revue les mesures qui pourraient permettre de corriger une contravention à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’une de ces mesures était l’interprétation large; une autre consistait à suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité.

[101] Bien que selon une interprétation large on puisse considérer qu’un avis doit être donné, cette solution ne convient pas compte tenu de notre autre réserve quant à la portée du terme « agent de la paix ». Le dossier, tel qu’il nous a été présenté, ne nous permet pas de tirer de conclusion sur la constitutionnalité de l’art. 184.4 dans la mesure où il s’applique aux agents de la paix qui ne sont pas des policiers. Néanmoins, comme cette disposition peut être invoquée par une grande diversité d’acteurs, nous n’écartons pas la possibilité qu’elle soit vulnérable pour cette raison. Le législateur pourrait aussi vouloir inclure dans cette disposition une obligation de faire rapport.

[102] Pour ces motifs, nous estimons que la réparation convenable dans ce cas consiste à déclarer l’art. 184.4 inconstitutionnel et à laisser le soin au législateur d’édicter une nouvelle disposition conforme à la Constitution. Ce faisant, le législateur pourrait vouloir prendre des mesures pour répondre aux autres réserves que nous avons exprimées au sujet du libellé actuel de cette disposition. Nous sommes d’avis de suspendre l’effet de cette déclaration d’invalidité pour une période de 12 mois, afin de permettre au législateur d’examiner cette disposition et d’en édicter une nouvelle.

[103] Nous déclarons que l’art. 184.4 du *Code*, dans son libellé actuel, est inconstitutionnel et nous suspendons l’effet de cette déclaration d’invalidité pour une période de 12 mois. Par conséquent, nous rejetons l’appel, mais nous annulons les conclusions 1 à 6 de l’ordonnance figurant au par. 454 des motifs du juge du procès.

Pourvoi rejeté.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent Yat Fung Albert Tse: Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.

Solicitor for the respondent Nhan Trong Ly: Brent V. Bagnall, Vancouver.

Solicitor for the respondent Viet Bac Nguyen: Howard Rubin, Q.C., Vancouver.

Solicitor for the respondent Huong Dac Doan: Kenneth S. Westlake, Q.C., Vancouver.

Solicitors for the respondents Daniel Luis Soux and Myles Alexander Vandrick: Donaldson's, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Lacy Wilkinson, Toronto; Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Yat Fung Albert Tse : Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.

Procureur de l'intimé Nhan Trong Ly : Brent V. Bagnall, Vancouver.

Procureur de l'intimé Viet Bac Nguyen : Howard Rubin, c.r., Vancouver.

Procureur de l'intimé Huong Dac Doan : Kenneth S. Westlake, c.r., Vancouver.

Procureurs des intimés Daniel Luis Soux et Myles Alexander Vandrick : Donaldson's, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Lacy Wilkinson, Toronto; Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

Club Resorts Ltd. *Appellant*

v.

Morgan Van Breda, Viktor Berg, Joan Van Breda, Tony Van Breda, Adam Van Breda and Tonnille Van Breda *Respondents*

and

Tourism Industry Association of Ontario, Amnesty International, Canadian Centre for International Justice, Canadian Lawyers for International Human Rights and Ontario Trial Lawyers Association *Interveners*

- and -

Club Resorts Ltd. *Appellant*

v.

Anna Charron, Estate Trustee of the Estate of Claude Charron, deceased, the said Anna Charron, personally, Jennifer Candace Charron, Stephanie Michelle Charron, Christopher Michael Charron, Bel Air Travel Group Ltd. and Hola Sun Holidays Limited *Respondents*

and

Tourism Industry Association of Ontario, Amnesty International, Canadian Centre for International Justice, Canadian Lawyers for International Human Rights and Ontario Trial Lawyers Association *Interveners*

**INDEXED AS: CLUB RESORTS LTD. v. VAN BREDA
2012 SCC 17**

File Nos.: 33692, 33606.

2011: March 21; 2012: April 18.

Club Resorts Ltd. *Appelante*

c.

Morgan Van Breda, Viktor Berg, Joan Van Breda, Tony Van Breda, Adam Van Breda et Tonnille Van Breda *Intimés*

et

Tourism Industry Association of Ontario, Amnistie internationale, Centre canadien pour la justice internationale, Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde et Ontario Trial Lawyers Association *Intervenants*

et -

Club Resorts Ltd. *Appelante*

c.

Anna Charron, fiduciaire de la succession de Claude Charron, décédé, la dite Anna Charron, personnellement, Jennifer Candace Charron, Stephanie Michelle Charron, Christopher Michael Charron, Bel Air Travel Group Ltd. et Hola Sun Holidays Limited *Intimés*

et

Tourism Industry Association of Ontario, Amnistie internationale, Centre canadien pour la justice internationale, Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde et Ontario Trial Lawyers Association *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CLUB RESORTS LTD. c. VAN BREDA
2012 CSC 17**

N^{os} du greffe : 33692, 33606.

2011 : 21 mars; 2012 : 18 avril.

Present: McLachlin C.J. and Binnie,* LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron,* Rothstein and Cromwell JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie*, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron*, Rothstein et Cromwell.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Respondents injured while vacationing in Cuba — Actions for damages brought in Ontario — Defendants bringing motion to stay actions on grounds that Ontario court lacks jurisdiction, or alternatively, should decline to exercise jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over actions — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of actions.

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Préjudice subi par les intimés à l'occasion de vacances à Cuba — Actions en dommages-intérêts intentées en Ontario — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard des actions? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire les actions?

In separate cases, two individuals were injured while on vacation outside of Canada. Morgan Van Breda suffered catastrophic injuries on a beach in Cuba. Claude Charron died while scuba diving, also in Cuba. Actions were brought in Ontario against a number of parties, including the appellant, Club Resorts Ltd., a company incorporated in the Cayman Islands that managed the two hotels where the accidents occurred. Club Resorts sought to block those proceedings, arguing that the Ontario courts lacked jurisdiction and, in the alternative, that a Cuban court would be a more appropriate forum on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. In both cases, the motion judges found that the Ontario courts had jurisdiction with respect to the actions against Club Resorts. In considering *forum non conveniens*, it was also held that the Ontario court was clearly a more appropriate forum. The two cases were heard together in the Court of Appeal. The appeals were both dismissed.

Dans des affaires distinctes, deux personnes ont subi un préjudice pendant leurs vacances à l'extérieur du Canada. Morgan Van Breda a été très grièvement blessée sur une plage de Cuba. À Cuba également, Claude Charron est mort au cours d'une plongée autonome. Des poursuites ont été intentées en Ontario contre plusieurs défendeurs, notamment l'appelante Club Resorts Ltd., une société constituée aux îles Caïmans qui gérait les deux hôtels où sont survenus les accidents. Club Resorts a cherché à mettre un terme à ces poursuites, en invoquant d'abord le défaut de compétence des tribunaux ontariens, puis en affirmant à titre subsidiaire qu'il serait plus approprié, suivant la doctrine du *forum non conveniens*, que ces litiges soient instruits à Cuba. Dans les deux affaires, les juges saisis de la motion ont conclu que les tribunaux ontariens avaient compétence à l'égard des actions intentées contre Club Resorts. Dans l'analyse du *forum non conveniens*, il a également été décidé qu'il était nettement plus approprié que le litige soit instruit en Ontario. Les deux affaires ont été entendues ensemble en Cour d'appel. Les deux appels ont été rejetés.

Held: The appeals should be dismissed.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

This case concerns the elaboration of the “real and substantial connection” test as an appropriate common law conflicts rule for the assumption of jurisdiction. In determining whether a court can assume jurisdiction over a certain claim, the preferred approach in Canada has been to rely on a set of specific factors which are

En l'espèce, il s'agit d'élaborer le critère du « lien réel et substantiel » en tant que règle de droit international privé qu'un tribunal peut appliquer en common law pour déterminer s'il peut se déclarer compétent. Lorsqu'ils se prononcent sur leur compétence, les tribunaux canadiens préfèrent, à un régime où chaque

* Binnie and Charron JJ. took no part in the judgment.

* Les juges Binnie et Charron n'ont pas participé au jugement.

given presumptive effect, as opposed to a regime based on an exercise of almost pure and individualized judicial discretion. Given the nature of the relationships governed by private international law, the framework for the assumption of jurisdiction cannot be an unstable, *ad hoc* system made up on the fly on a case-by-case basis — however laudable the objective of individual fairness may be. There must be order in the system, and it must permit the development of a just and fair approach to resolving conflicts. Justice and fairness are undoubtedly essential purposes of a sound system of private international law. But they cannot be attained without a system of principles and rules that ensure security and predictability in the law governing the assumption of jurisdiction by a court. The identification of a set of relevant presumptive connecting factors and the determination of their legal nature and effect will bring greater clarity and predictability to the analysis of the problems of assumption of jurisdiction, while at the same time ensuring consistency with the objectives of fairness and efficiency that underlie this branch of the law. From this perspective, a clear distinction must be maintained between, on the one hand, the factors or factual situations that link the subject matter of the litigation and the defendant to the forum and, on the other hand, the principles and analytical tools, such as the values of fairness and efficiency or the principle of comity.

To meet the common law real and substantial connection test, the party arguing that the court should assume jurisdiction has the burden of identifying a presumptive connecting factor that links the subject matter of the litigation to the forum. Jurisdiction must be established primarily on the basis of objective factors that connect the legal situation or the subject matter of the litigation with the forum. Abstract concerns for order, efficiency or fairness in the system are no substitute for connecting factors that give rise to a “real and substantial” connection for the purposes of the law of conflicts. In a case concerning a tort, the following factors are presumptive connecting factors that, *prima facie*, entitle a court to assume jurisdiction over a dispute:

- (a) the defendant is domiciled or resident in the province;
- (b) the defendant carries on business in the province;
- (c) the tort was committed in the province; and
- (d) a contract connected with the dispute was made in the province.

juge exercerait un pouvoir purement discrétionnaire, une approche leur permettant de se fonder sur un ensemble de facteurs précis auxquels ils confèrent l'effet d'une présomption. La nature des rapports régis par le droit international privé interdit de réduire le cadre applicable à la déclaration de compétence à un régime précaire et ponctuel élaboré sur le coup au cas par cas, aussi louable que soit l'objectif d'équité individuelle. Le régime doit être ordonné et doit permettre l'élaboration d'une méthode juste et équitable de règlement des conflits. La justice et l'équité constituent sans aucun doute des objectifs essentiels d'un bon système de droit international privé, mais elles ne peuvent se réaliser en l'absence d'un ensemble de principes et de règles assurant la sûreté et la prévisibilité du droit applicable à la déclaration de compétence d'un tribunal. L'établissement d'un ensemble de facteurs de rattachement pertinents créant une présomption et la détermination de leur nature et de leur effet juridiques rendra l'analyse des problèmes de déclaration de compétence plus claire et plus prévisible, tout en assurant leur conformité avec les objectifs d'équité et d'efficacité sur lesquels repose cette branche du droit. Dans cette optique, il faut conserver une nette distinction entre, d'une part, les facteurs ou les situations de fait qui relient l'objet du litige et le défendeur au tribunal et, d'autre part, les principes et les outils d'analyse, comme les valeurs que sont l'équité et l'efficacité ou le principe de la courtoisie.

Afin de satisfaire au critère du lien réel et substantiel de la common law, la partie qui plaide que le tribunal doit se déclarer compétent doit indiquer le facteur de rattachement créant une présomption qui lie l'objet du litige au tribunal. Il faut établir la compétence principalement sur la base de facteurs objectifs reliant la situation juridique ou l'objet du litige au tribunal. Des considérations abstraites d'ordre, d'efficacité ou d'équité du système ne sauraient se substituer aux facteurs de rattachement qui donnent lieu à un « lien réel et substantiel » pour l'application du droit international privé. Dans une instance relative à un délit, les facteurs suivants constituent des facteurs de rattachement créant une présomption qui, à première vue, autorisent une cour à se déclarer compétente à l'égard du litige :

- a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside;
- b) le défendeur exploite une entreprise dans la province;
- c) le délit a été commis dans la province;
- d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province.

Although the factors set out in the list are considered presumptive, this does not mean that the list of recognized factors is complete, as it may be reviewed over time and updated by adding new presumptive connecting factors. When a court considers whether a new connecting factor should be given presumptive effect, the values of order, fairness and comity can serve as useful analytical tools for assessing the strength of the relationship with a forum to which the factor in question points. These values underlie all presumptive connecting factors, whether listed or new. In identifying new presumptive factors, a court should look to connections that give rise to a relationship with the forum that is similar in nature to the ones which result from the listed factors. Relevant considerations include:

- (a) Similarity of the connecting factor with the recognized presumptive connecting factors;
- (b) Treatment of the connecting factor in the case law;
- (c) Treatment of the connecting factor in statute law; and
- (d) Treatment of the connecting factor in the private international law of other legal systems with a shared commitment to order, fairness and comity.

The presumption of jurisdiction that arises where a recognized connecting factor — whether listed or new — applies is not irrebuttable. The burden of rebutting the presumption of jurisdiction rests, of course, on the party challenging the assumption of jurisdiction. That party must negate the presumptive effect of the listed or new factor and convince the court that the proposed assumption of jurisdiction would be inappropriate. This could be accomplished by establishing facts which demonstrate that the presumptive connecting factor does not point to any real relationship between the subject matter of the litigation and the forum or points only to a weak relationship between them.

If the court concludes that it lacks jurisdiction because none of the presumptive connecting factors — whether listed or new — apply or because the presumption of jurisdiction that flows from one of those factors has been rebutted, it must dismiss or stay the action, subject to the possible application of the forum

Bien que l'on considère que les facteurs énumérés créent une présomption, cela ne signifie pas que la liste des facteurs reconnus est définitive. Elle pourra être revue au fil du temps et mise à jour par l'ajout de nouveaux facteurs de rattachement créant une présomption. Le tribunal qui envisage la possibilité de conférer à un nouveau facteur de rattachement l'effet d'une présomption peut mettre à profit les outils utiles que constituent les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie dans l'analyse de la solidité du rapport avec le tribunal révélé par ce facteur. Tous les facteurs de rattachement créant une présomption, qu'ils soient énumérés ou nouveaux, reposent sur ces valeurs. Lorsqu'ils reconnaissent de nouveaux facteurs créant une présomption, les tribunaux devraient envisager des liens qui révèlent avec le tribunal un rapport de nature semblable à ceux qui découlent des facteurs qui figurent sur la liste. Les considérations suivantes pourraient s'avérer pertinentes :

- a) la similitude du facteur de rattachement avec les facteurs de rattachement reconnus créant une présomption;
- b) le traitement du facteur de rattachement dans la jurisprudence;
- c) le traitement du facteur de rattachement dans la législation;
- d) le traitement du facteur de rattachement dans le droit international privé d'autres systèmes juridiques qui ont en commun avec le Canada les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie.

La présomption de compétence créée lorsqu'un facteur de rattachement reconnu — énuméré ou nouveau — s'applique n'est pas irréfutable. Le fardeau de la réfuter incombe bien entendu à la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence. Cette dernière doit réfuter la présomption créée par le facteur énuméré ou nouveau et convaincre la cour qu'une déclaration de compétence serait inopportune. Elle pourrait le faire en établissant les faits démontrant que le facteur de rattachement créant une présomption ne révèle aucun rapport réel, ou ne révèle qu'un rapport ténu, entre l'objet du litige et le tribunal.

Si la cour conclut qu'elle n'a pas compétence parce qu'aucun facteur de rattachement créant une présomption — énuméré ou nouveau — ne s'applique ou parce que la présomption de compétence découlant de l'un de ces facteurs est réfutée, elle doit rejeter l'action ou suspendre l'instance, à moins que ne s'applique la doctrine

of necessity doctrine. If jurisdiction is established, the claim may proceed, subject to the court's discretion to stay the proceedings on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*.

A clear distinction must be drawn between the existence and the exercise of jurisdiction. Once jurisdiction is established, if the defendant does not raise further objections, the litigation proceeds before the court of the forum. The court cannot decline to exercise its jurisdiction unless the defendant invokes *forum non conveniens*. The decision to raise this doctrine rests with the parties, not with the court seized of the claim. If a defendant raises an issue of *forum non conveniens*, the burden is on him or her to show why the court should decline to exercise its jurisdiction and displace the forum chosen by the plaintiff. The defendant must show that the alternative forum is clearly more appropriate and that, in light of the characteristics of the alternative forum, it would be fairer and more efficient to choose an alternative forum and to deny the plaintiff the benefits of his or her decision to select a forum. When it is invoked, the doctrine of *forum non conveniens* requires a court to go beyond a strict application of the test governing the recognition and assumption of jurisdiction. It is based on a recognition that a common law court retains a residual power to decline to exercise its jurisdiction in appropriate, but limited, circumstances in order to assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute. The court however, should not exercise its discretion in favour of a stay solely because it finds, once all relevant concerns and factors are weighed, that comparable forums exist in other provinces or states. It is not a matter of flipping a coin. A court hearing an application for a stay of proceedings must find that a forum exists that is in a better position to dispose fairly and efficiently of the litigation. On the other hand, a court must refrain from leaning too instinctively in favour of its own jurisdiction. The doctrine focuses on the contexts of individual cases and the factors that a court may consider in deciding whether to apply *forum non conveniens* may vary depending on the context. Such factors might include the locations of parties and witnesses, the cost of transferring the case to another jurisdiction or of declining the stay, the impact of a transfer on the conduct of the litigation or on related or parallel proceedings, the possibility of conflicting judgments, problems related to the recognition and enforcement of judgments, and the relative strengths of the connections of the two parties. Ultimately, the decision falls within the reasoned discretion of the trial court. This exercise of discretion will be entitled to deference from higher courts, absent an error of law or a clear and serious error in the determination of relevant facts

du for de nécessité. Si la compétence est établie, l'action peut être entendue, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la cour de suspendre l'instance en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens*.

Il faut conserver une nette distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence. Une fois la compétence établie, l'instance suit son cours devant le tribunal si le défendeur ne soulève pas d'autres objections. Le tribunal ne peut décliner compétence, à moins que le défendeur n'invoque le *forum non conveniens*. Il appartient aux parties, et non au tribunal saisi du recours, d'invoquer cette doctrine. Le défendeur qui soulève l'application du *forum non conveniens* a le fardeau de démontrer pourquoi le tribunal devrait décliner sa compétence et renvoyer le litige dans un ressort autre que celui que le demandeur a choisi. Le défendeur doit démontrer que l'autre tribunal est nettement plus approprié et que, compte tenu des caractéristiques de l'autre tribunal, il serait plus juste et plus efficace de choisir cet autre tribunal et de refuser au demandeur les avantages liés à sa décision de choisir le tribunal saisi du litige. Si elle est invoquée, la doctrine du *forum non conveniens* oblige le tribunal à passer outre à l'application stricte du critère régissant la reconnaissance et la déclaration de compétence. Cette doctrine reconnaît que les tribunaux de common law conservent le pouvoir résiduel de ne pas exercer leur compétence dans des circonstances appropriées, quoique limitées, afin d'assurer l'équité envers les parties et le règlement efficace du litige. Le tribunal ne peut toutefois, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, suspendre l'instance uniquement parce qu'il conclut, après avoir examiné toutes les considérations et tous les facteurs pertinents, à l'existence de tribunaux comparables dans d'autres provinces ou États. Il ne s'agit pas de jouer à pile ou face. Un tribunal saisi d'une demande de suspension d'instance doit conclure qu'il existe un tribunal mieux à même de trancher le litige de façon équitable et efficace. Par contre, le tribunal doit éviter de pencher trop instinctivement en faveur de sa propre compétence. La doctrine est axée sur le contexte de chaque affaire et les facteurs dont le tribunal peut tenir compte dans sa décision d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens* sont susceptibles de varier selon le contexte. Ces facteurs peuvent inclure, par exemple, l'endroit où se trouvent les parties et les témoins, les frais occasionnés par le renvoi de l'affaire à une autre juridiction ou par le refus de suspendre l'instance, les répercussions du changement de juridiction sur le déroulement du litige ou sur des procédures connexes ou parallèles, le risque de décisions contradictoires, les problèmes liés à la reconnaissance et à l'exécution des jugements ou la solidité relative des liens avec les deux parties. La décision relève en fin de compte du pouvoir discrétionnaire raisonné du tribunal de première

which takes place at an interlocutory or preliminary stage.

In *Van Breda*, a contract was entered into in Ontario. The existence of a contract made in Ontario that is connected with the litigation is a presumptive connecting factor that, on its face, entitles the courts of Ontario to assume jurisdiction in this case. Club Resorts has failed to rebut the presumption of jurisdiction that arises where this factor applies. Therefore, there was a sufficient connection between the Ontario court and the subject matter of the litigation. Club Resorts has not discharged its burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. While a sufficient connection exists between Cuba and the subject matter of the litigation to support an action there, issues related to the fairness to the parties and to the efficient disposition of the claim must be considered. A trial held in Cuba would present serious challenges to the parties. All things considered, the burden on the plaintiffs clearly would be far heavier if they were required to bring their action in Cuba.

In *Charron*, the facts supported the conclusion that Club Resorts was carrying on a business in Ontario, which is a presumptive connecting factor. Club Resorts' commercial activities in Ontario went well beyond promoting a brand and advertising. Its representatives were in the province on a regular basis and it benefitted from the physical presence of an office in Ontario. It therefore follows that it has been established that a presumptive connecting factor applies and that the Ontario court is *prima facie* entitled to assume jurisdiction. Club Resorts has not rebutted the presumption of jurisdiction that arises from this connecting factor and therefore the Ontario court has jurisdiction on the basis of the real and substantial connection test. Furthermore, Club Resorts failed to discharge its burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum in the circumstances of this case. Considerations of fairness to the parties weigh heavily in favour of the plaintiffs.

Cases Cited

Explained: *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; **referred to:** *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005

instance. En l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et grave dans l'établissement des faits pertinents commise à un stade interlocutoire ou préliminaire, les juridictions supérieures feront preuve de déférence à l'égard de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Dans l'affaire *Van Breda*, un contrat a été conclu en Ontario. L'existence d'un contrat conclu en Ontario et lié au litige constitue un facteur de rattachement créant une présomption qui, de prime abord, autorise les tribunaux ontariens à se déclarer compétents en l'espèce. Club Resorts n'a pas réfuté la présomption de compétence qu'établit l'application de ce facteur. Il existait donc un lien suffisant entre le tribunal ontarien et l'objet du litige. Club Resorts ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'un tribunal cubain serait nettement un ressort plus approprié. Bien qu'il existe entre Cuba et l'objet du litige des liens suffisants justifiant l'instruction du litige à Cuba, il faut tenir compte de questions relatives à l'équité envers les parties et au règlement de l'action d'une manière efficace. Un procès à Cuba présenterait de sérieux défis pour les parties. Tout bien considéré, les demandeurs auraient à supporter un fardeau beaucoup plus lourd s'ils devaient intenter leur recours à Cuba.

Dans l'affaire *Charron*, les faits permettaient de conclure que Club Resorts exploitait une entreprise en Ontario, ce qui constitue un facteur de rattachement créant une présomption. Les activités commerciales auxquelles se livrait cette société dans cette province allaient bien au-delà de la promotion d'une marque et de la publicité. Ses représentants se trouvaient régulièrement dans la province et elle tirait avantage de la présence d'un bureau en Ontario. Par conséquent, l'application d'un facteur de rattachement créant une présomption a été établie et le tribunal ontarien peut à première vue se déclarer compétent. Club Resorts n'a pas réfuté la présomption de compétence à laquelle donne naissance ce facteur de rattachement. Par conséquent, le tribunal ontarien est compétent suivant le critère du lien réel et substantiel. De plus, Club Resorts ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'il serait nettement plus approprié que le litige soit instruit à Cuba dans les circonstances. L'équité envers les parties fait pencher lourdement la balance en faveur des demandeurs.

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; **arrêts mentionnés :** *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada*

SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Castillo v. Castillo*, 2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84; *Coutu v. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 N.B.R. (2d) 34; *Fewer v. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3076 to 3168, 3135, 3148.
Constitution Act, 1867, s. 92.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), c. 2.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.S. 1997, c. C-41.1.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.Y. 2000, c. 7 [not yet in force].
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 17.02.

Authors Cited

Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. "The Chimera of the Real and Substantial Connection Test" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.
 Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Castel, Jean-Gabriel. "The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law" (2007), 52 *McGill L.J.* 555.

Ltée, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Castillo c. Castillo*, 2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Lemmex c. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj c. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair c. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens c. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84; *Coutu c. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 R.N.-B. (2^e) 34; *Fewer c. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3076 à 3168, 3135, 3148.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, ch. 28, art. 11.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), ch. 2.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances, L.S. 1997, ch. C-41,1.
Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances, L.Y. 2000, ch. 7 [mon en vigueur].
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 17.02.

Doctrine et autres documents cités

Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.
 Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2008.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
 Castel, Jean-Gabriel. « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555.

- Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
- Manitoba. Law Reform Commission. *Private International Law*, Report #119. Winnipeg: The Commission, 2009.
- Monestier, Tanya. "A 'Real and Substantial' Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario", in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2010. Toronto: Carswell, 2010, 185.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*. Toronto: Irwin Law, 2010.
- Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal: Thémis, 2001.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: http://www.ulcc.ca/en/us/Uniform_Court_Jurisdiction_+_Proceedings_Transfer_Act_En.pdf).
- Walker, Janet. "Reforming the Law of Crossborder Litigation: Judicial Jurisdiction", Consultation Paper, Law Commission of Ontario, March 2009 (online: <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/23003/290663.pdf>).
- Yntema, Hessel E. "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721.
- Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne : http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform_Court_Jurisdiction_+_Proceedings_Transfer_Act_Fr.pdf).
- Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011.
- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.
- Manitoba. Commission de réforme du droit. *Private International Law*, Report #119. Winnipeg : La Commission, 2009.
- Monestier, Tanya. « A "Real and Substantial" Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2010. Toronto : Carswell, 2010, 185.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2010.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*. Toronto : Irwin Law, 2010.
- Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal : Thémis, 2001.
- Walker, Janet. « Réforme du droit régissant les litiges transfrontaliers : Compétence judiciaire », Document de consultation, Commission du droit de l'Ontario, mars 2009 (en ligne : <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/23003/290664.pdf>).
- Yntema, Hessel E. « The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O'Connor A.C.J.O. and Weiler, MacPherson, Sharpe and Rouleau J.J.A.), 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721, 264 O.A.C. 1, 316 D.L.R. (4th) 201, 71 C.C.L.T. (3d) 161, 77 R.F.L. (6th) 1, 81 C.P.C. (6th) 219, [2010] O.J. No. 402 (QL), 2010 CarswellOnt 549 (*sub nom. Van Breda v. Village Resorts Ltd.* and *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*), affirming a decision of Pattillo J., 60 C.P.C. (6th) 186, 2008 CanLII 32309, [2008] O.J. No. 2624 (QL), 2008 CarswellOnt 3867 (*sub nom. Van Breda v. Village Resorts Ltd.*), and affirming a decision of Mulligan J., 92 O.R. (3d) 608, 2008 CanLII 53834, [2008] O.J. No. 4078 (QL), 2008

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Weiler, MacPherson, Sharpe et Rouleau), 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721, 264 O.A.C. 1, 316 D.L.R. (4th) 201, 71 C.C.L.T. (3d) 161, 77 R.F.L. (6th) 1, 81 C.P.C. (6th) 219, [2010] O.J. No. 402 (QL), 2010 CarswellOnt 549 (*sub nom. Van Breda c. Village Resorts Ltd.* et *Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*), qui a confirmé une décision du juge Pattillo, 60 C.P.C. (6th) 186, 2008 CanLII 32309, [2008] O.J. No. 2624 (QL), 2008 CarswellOnt 3867 (*sub nom. Van Breda c. Village Resorts Ltd.*), et qui a confirmé une décision du juge Mulligan, 92 O.R. (3d) 608, 2008 CanLII 53834, [2008] O.J. No. 4078

CarswellOnt 6165 (*sub nom. Charron Estate v. Bel Air Travel Group Ltd.*). Appeals dismissed.

John A. Olah, for the appellant (33692).

Chris G. Paliare, Robert A. Centa and Tina H. Lie, for the respondents Morgan Van Breda et al. (33692).

Peter J. Pliszka and Robin P. Roddey, for the appellant (33606).

Jerome R. Morse, Lori Stoltz and John J. Adair, for the respondents Anna Charron et al. (33606).

Howard B. Borlack, Lisa La Horey and Sabine Kharabian, for the respondent Bel Air Travel Group Ltd. (33606).

Catherine M. Buie, for the respondent Hola Sun Holidays Limited (33606).

John Terry and Jana Stettner, for the intervenor the Tourism Industry Association of Ontario (33606 and 33692).

François Larocque, Michael Sobkin, Mark C. Power and Lauren J. Wihak, for the interveners Amnesty International, the Canadian Centre for International Justice and the Canadian Lawyers for International Human Rights (33606 and 33692).

Allan Rouben, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association (33606 and 33692).

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] Tourism has grown into one of the most personal forms of globalization in the modern world. Canadians look elsewhere for the sun, or to see new sights or seek new experiences. Trips are planned and taken with great expectations. But personal

(QL), 2008 CarswellOnt 6165 (*sub nom. Charron Estate c. Bel Air Travel Group Ltd.*). Pourvois rejetés.

John A. Olah, pour l'appelante (33692).

Chris G. Paliare, Robert A. Centa et Tina H. Lie, pour les intimés Morgan Van Breda et autres (33692).

Peter J. Pliszka et Robin P. Roddey, pour l'appelante (33606).

Jerome R. Morse, Lori Stoltz et John J. Adair, pour les intimés Anna Charron et autres (33606).

Howard B. Borlack, Lisa La Horey et Sabine Kharabian, pour l'intimée Bel Air Travel Group Ltd. (33606).

Catherine M. Buie, pour l'intimée Hola Sun Holidays Limited (33606).

John Terry et Jana Stettner, pour l'intervenante Tourism Industry Association of Ontario (33606 et 33692).

François Larocque, Michael Sobkin, Mark C. Power et Lauren J. Wihak, pour les intervenants Amnistie internationale, Centre canadien pour la justice internationale et Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde (33606 et 33692).

Allan Rouben, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association (33606 et 33692).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Le tourisme est devenu l'une des formes les plus personnelles de la mondialisation des temps modernes. Les Canadiens se tournent vers d'autres horizons en quête de chaleur, de nouveaux paysages ou d'expériences enrichissantes. Les attentes

tragedies do happen. Happiness gives way to grief, as in the situations that resulted in these appeals. A young woman, Morgan Van Breda, suffered catastrophic injuries on a beach in Cuba. A family doctor and father, Dr. Claude Charron, died while scuba diving, also in Cuba. Actions were brought in Ontario against a number of parties, including the appellant Club Resorts Ltd. (“Club Resorts”), a company incorporated in the Cayman Islands that managed the two hotels where the accidents occurred. Club Resorts sought to block those proceedings, arguing that the Ontario courts lacked jurisdiction and, in the alternative, that a Cuban court would be a more appropriate forum on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. The same issues have now been raised in this Court. I will begin by summarizing the events that led to the litigation, the conduct of the litigation and the judgments of the courts below. I will then consider the principles that should apply to the assumption of jurisdiction and the doctrine of *forum non conveniens* under the common law conflicts rules of Canadian private international law. Finally, I will apply those principles to determine whether the Ontario courts have jurisdiction and, if so, whether they should decline to exercise it.

II. Background and Facts

A. *Van Breda*

[2] In June 2003, the respondent Viktor Berg and his spouse, Ms. Van Breda, went on a trip to Cuba, where they stayed at the SuperClubs Breezes Jibacoa resort managed by Club Resorts. Mr. Berg, a professional squash player, had made arrangements for a one-week stay for two people at this hotel through René Denis, an Ottawa-based travel agent operating a business known as Sport au Soleil.

[3] Mr. Denis’s business involved arranging for racquet sport professionals for, among others, Club Resorts, in exchange for undisclosed compensation.

sont élevées au moment de préparer et d’entreprendre le voyage, mais des incidents tragiques peuvent survenir. Le bonheur cède alors la place au chagrin, comme l’illustrent les appels en l’espèce. Une jeune femme, Morgan Van Breda, a été très grièvement blessée sur une plage de Cuba. À Cuba également, un médecin et père de famille, le D^r Claude Charron, est mort au cours d’une plongée autonome. Des poursuites ont été intentées en Ontario contre plusieurs défendeurs, notamment l’appelante Club Resorts Ltd. (« Club Resorts »), une société constituée aux îles Caïmans qui gérait les deux hôtels où sont survenus les accidents. Club Resorts a cherché à mettre un terme à ces poursuites, en invoquant d’abord le défaut de compétence des tribunaux ontariens, puis en affirmant à titre subsidiaire qu’il serait plus approprié, suivant la doctrine du *forum non conveniens*, que ces litiges soient instruits à Cuba. Notre Cour est maintenant saisie des mêmes questions. Je vais d’abord résumer les faits à l’origine des litiges, le déroulement de ceux-ci et les décisions des juridictions inférieures. J’examinerai ensuite les principes qui devraient régir la déclaration de compétence et la doctrine du *forum non conveniens* sous le régime des règles de la common law applicables en droit international privé au Canada. En application de ces principes, je déterminerai finalement si les tribunaux ontariens ont compétence et, dans l’affirmative, s’ils doivent décliner cette compétence.

II. Contexte et faits

A. *L’affaire Van Breda*

[2] En juin 2003, l’intimé Viktor Berg et sa conjointe, M^{me} Van Breda, ont fait un voyage à Cuba, s’installant au centre de villégiature Breezes Jibacoa, un établissement de SuperClubs géré par Club Resorts. M. Berg, un joueur professionnel de squash, avait réservé un séjour d’une semaine pour deux personnes à cet hôtel par l’entremise de René Denis, un agent de voyage d’Ottawa exploitant une entreprise sous le nom de Sport au Soleil.

[3] Dans le cadre de son entreprise, M. Denis se chargeait de trouver des instructeurs de sports de raquette, notamment pour Club Resorts, en

Mr. Denis also received a fee from each professional. Once the arrangements for Mr. Berg were finalized, Mr. Denis sent him a letter on letterhead bearing the words “SuperClubs Cuba — Tennis”, which confirmed the details of the agreement with Club Resorts: Mr. Berg was to provide two hours of tennis lessons a day in exchange for bed and board and other services for two people at the hotel.

[4] The accident happened on the first day of their stay. Ms. Van Breda tried to do some exercises on a metal structure on the beach, but the structure collapsed. She suffered catastrophic injuries and, as a result, became paraplegic. After spending a few days in a hospital in Cuba, she returned to Canada, going to Calgary where her family lived. She is now living in British Columbia with Mr. Berg. They never returned to Ontario, which they had planned to do after their holiday.

[5] In May 2006, Ms. Van Breda, her relatives and Mr. Berg sued several defendants, including Mr. Denis, Club Resorts, and some companies associated with Club Resorts in the SuperClubs group, in the Ontario Superior Court of Justice. Their claim was framed in contract and in tort. They sought damages for personal injury, damages for loss of support, care, guidance and companionship pursuant to the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and punitive damages.

[6] Some of the parties, including those who were served outside Ontario under rule 17.02 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, moved to dismiss the action for want of jurisdiction. In the alternative, they asked the Superior Court of Justice to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*.

B. *Charron*

[7] In January 2002, Dr. Charron and his wife booked a vacation package through a travel agent,

échange d’une rémunération non divulguée. M. Denis touchait aussi des honoraires de chaque instructeur. Une fois les arrangements pris pour obtenir les services de M. Berg, M. Denis lui a envoyé une lettre sur du papier à en-tête « SuperClubs Cuba — Tennis », confirmant les détails de l’entente conclue avec Club Resorts. Ainsi, M. Berg devait donner deux heures de leçons de tennis par jour moyennant l’hébergement, la nourriture et d’autres services pour deux personnes à l’hôtel.

[4] L’accident s’est produit le premier jour de leur séjour. M^{me} Van Breda essayait de faire quelques exercices à la plage sur une structure métallique qui s’est effondrée. Elle s’est blessée très grièvement et est restée paraplégique. Après quelques jours passés dans un hôpital de Cuba, elle est rentrée au Canada et s’est rendue à Calgary, où habitait sa famille. Elle vit maintenant en Colombie-Britannique avec M. Berg. Ils ne sont jamais retournés en Ontario, où ils comptaient revenir à la fin de leurs vacances.

[5] En mai 2006, M^{me} Van Breda, les membres de sa famille et M. Berg ont intenté en Cour supérieure de justice de l’Ontario une poursuite contre plusieurs défendeurs, y compris M. Denis, Club Resorts et quelques sociétés associées à Club Resorts au sein du groupe SuperClubs. Ils ont exercé leur recours en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle. Se fondant sur la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, ils ont réclamé des dommages-intérêts pour lésions corporelles, perte de soutien, de soins, de conseils et de compagnie, ainsi que des dommages-intérêts punitifs.

[6] Certaines des parties, notamment celles ayant reçu signification en dehors de l’Ontario en application de l’art. 17.02 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, ont demandé le rejet de l’action pour défaut de compétence. Elles ont demandé subsidiairement à la Cour supérieure de justice de décliner compétence selon la doctrine du *forum non conveniens*.

B. *L’affaire Charron*

[7] Le Dr Charron et son épouse ont réservé un forfait vacances en janvier 2002 auprès d’une

Bel Air Travel Group Ltd. (“Bel Air”). This package was offered by Hola Sun Holidays Ltd. (“Hola Sun”), which sold packages offered by, among others, SuperClubs. It was an all-inclusive package — at the Breezes Costa Verde hotel in Cuba — that featured scuba diving. The hotel was owned by Gaviota SA (Ltd.) (“Gaviota”), a Cuban corporation, but was managed by the appellant, Club Resorts. Dr. and Mrs. Charron reached the Breezes Costa Verde on February 8, 2002. Four days later, Dr. Charron drowned during his second scuba dive.

[8] Mrs. Charron and her children sued for breach of contract and negligence. Dr. Charron’s estate sought damages for loss of future income, and the individual plaintiffs also sought damages for loss of love, care, guidance and companionship pursuant to the *Family Law Act*. The statement of claim was served on the Ontario defendants, Bel Air and Hola Sun. It was also served outside Ontario on several foreign defendants, including Club Resorts, under rule 17.02 of the *Rules of Civil Procedure*. The parties served outside Ontario included the diving instructor and the captain of the boat. Club Resorts and an associated company, Village Resorts International Ltd., which owned the SuperClubs trademark, moved to dismiss the action on the ground that the Ontario courts lacked jurisdiction or, in the alternative, to stay the action on the grounds that Ontario was not the most appropriate forum.

C. *Judicial History*

- (1) *Van Breda* — Ontario Superior Court of Justice (2008), 60 C.P.C. (6th) 186

[9] In *Van Breda*, Pattillo J. held that Club Resorts’ motion turned on whether there was a real and substantial connection in accordance with the test laid out by the Ontario Court of Appeal in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20.

agence de voyages, Bel Air Travel Group Ltd. (« Bel Air »). Ce forfait était fourni par Hola Sun Holidays Ltd. (« Hola Sun »), qui vendait des forfaits dont certains étaient offerts par SuperClubs. Il s’agissait d’un forfait tout compris axé sur la plongée autonome à l’hôtel Breezes Costa Verde de Cuba. Cet hôtel appartenait à Gaviota SA (Ltd.) (« Gaviota »), une société cubaine, mais il était géré par l’appelante, Club Resorts. Le D^r Charron et son épouse sont arrivés à l’hôtel Breezes Costa Verde le 8 février 2002. Le D^r Charron s’est noyé quatre jours plus tard durant sa deuxième plongée autonome.

[8] M^{me} Charron et ses enfants ont intenté une action pour rupture de contrat et négligence. La succession du D^r Charron a réclamé des dommages-intérêts pour perte de revenus futurs. Les demandeurs ont également sollicité des dommages-intérêts pour perte d’amour, de soins, de conseils et de compagnie en se fondant sur la *Loi sur le droit de la famille*. La déclaration a été signifiée aux défenderesses ontariennes, Bel Air et Hola Sun. Elle a également été signifiée en dehors de l’Ontario à plusieurs défendeurs étrangers, notamment Club Resorts, en application de l’art. 17.02 des *Règles de procédure civile*. Parmi les parties ayant reçu signification en dehors de l’Ontario, mentionnons l’instructeur de plongée et le capitaine du bateau. Club Resorts et une société associée, Village Resorts International Ltd., la propriétaire de la marque de commerce SuperClubs, ont demandé le rejet de l’action pour défaut de compétence des tribunaux ontariens ou, subsidiairement, la suspension de l’instance au motif que l’Ontario n’est pas le ressort le plus approprié.

C. *Historique judiciaire*

- (1) L’affaire *Van Breda* — Cour supérieure de justice de l’Ontario (2008), 60 C.P.C. (6th) 186

[9] Dans l’affaire *Van Breda*, le juge Pattillo a affirmé que, pour trancher la motion de Club Resorts, il fallait déterminer s’il existait un lien réel et substantiel conformément au critère établi par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Muscutt c.*

He found that there was a connection between Ontario and Club Resorts by virtue of the activities the company engaged in in Ontario through Mr. Denis. He also found on a *prima facie* basis that the agreement between Mr. Berg and Club Resorts had actually been concluded in Ontario. After reviewing the other factors from *Muscutt*, including unfairness to the defendants in assuming jurisdiction, unfairness to the plaintiffs in not doing so and the involvement of other parties to the suit, he held that there was a sufficient connection between Ontario and the subject matter of the litigation. Pattillo J. then considered the issue of *forum non conveniens*. Although he accepted that Cuba also had jurisdiction, he concluded that it had not been established that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. For these reasons, he held that the Ontario Superior Court of Justice should entertain the action as against Club Resorts.

(2) *Charron* — Ontario Superior Court of Justice (2008), 92 O.R. (3d) 608

[10] In *Charron*, Mulligan J. held against Club Resorts. In his opinion, a contract had been entered into between Dr. Charron and Bel Air. The travel agency had booked an all-inclusive package at the Cuban hotel through Hola Sun, which had an agreement with Club Resorts. These facts weighed in favour of assuming jurisdiction. Mulligan J. also found that there was a connection between Ontario and the defendants. In his view, the resort relied heavily on international travellers to ensure its profitability. Club Resorts marketed the resort in Ontario by way of an agreement with Hola Sun. I note that the record indicated that Club Resorts or one of its associated companies had an office in Richmond Hill, Ontario. After reviewing the other factors from *Muscutt*, Mulligan J. held that the Ontario courts had jurisdiction with respect to Club Resorts. In considering *forum non conveniens*, Mulligan J. weighed several factors. He took into account the fact that more parties and witnesses were located in Ontario than in Cuba, that the damage had been sustained in Ontario

Courcelles (2002), 60 O.R. (3d) 20. Il a conclu à l'existence d'un lien entre l'Ontario et Club Resorts en raison des activités exercées par cette société en Ontario par l'entremise de M. Denis. Il a aussi conclu qu'à première vue, M. Berg et Club Resorts avaient en fait conclu l'entente en Ontario. Après avoir examiné les autres facteurs de l'arrêt *Muscutt*, y compris l'injustice causée aux défendeurs si le tribunal se déclare compétent, l'injustice causée aux demandeurs s'il ne se déclare pas compétent et la participation d'autres parties à l'instance, le juge Pattillo a conclu à l'existence d'un lien suffisant entre l'Ontario et l'objet du litige. Il a ensuite analysé la question du *forum non conveniens*. Le juge Pattillo a reconnu que Cuba avait aussi compétence, mais selon lui, on n'avait pas établi que le recours à un tribunal de Cuba serait nettement plus approprié. Pour ces motifs, il a conclu que la Cour supérieure de justice de l'Ontario devait instruire l'action intentée contre Club Resorts.

(2) L'affaire *Charron* — Cour supérieure de justice de l'Ontario (2008), 92 O.R. (3d) 608

[10] Dans l'affaire *Charron*, le juge Mulligan a rendu une décision défavorable à Club Resorts. À son avis, le Dr Charron et Bel Air avaient conclu un contrat. L'agence de voyage avait réservé un forfait tout compris à l'hôtel de Cuba auprès d'Hola Sun, qui était liée par entente avec Club Resorts. Ces faits militaient en faveur de la déclaration de compétence du tribunal ontarien. Le juge Mulligan a aussi conclu à l'existence d'un lien entre l'Ontario et les défendeurs. À son avis, le centre de villégiature comptait énormément sur les voyageurs étrangers pour assurer sa rentabilité. Club Resorts faisait la promotion du centre de villégiature en Ontario aux termes d'une entente intervenue avec Hola Sun. Selon ce qu'indiquait le dossier, Club Resorts ou l'une des sociétés associées à cette dernière avait ouvert un bureau à Richmond Hill, en Ontario. Après examen des autres facteurs énumérés dans *Muscutt*, le juge Mulligan a décidé que les tribunaux ontariens avaient compétence à l'égard de Club Resorts. Ensuite, le juge Mulligan a évalué plusieurs facteurs dans l'analyse du *forum*

and that a liability insurance policy was available to the foreign defendants in Ontario. In addition, Mrs. Charron and her children would lose the benefit of statutory family law remedies if the case were to proceed in Cuba. For these reasons, Mulligan J. held that the Ontario court was clearly a more appropriate forum than a Cuban court.

(3) Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721

[11] The two cases were heard together in the Court of Appeal. After ordering a rehearing, the Court of Appeal, in reasons written by Sharpe J.A., took the opportunity to review and reframe the *Muscutt* test. I will discuss this new framework below in reviewing the evolution of the common law policy relating to conflicts of jurisdiction and conflicts of laws.

[12] Suffice it to say at this stage that, after recasting the *Muscutt* test, the Court of Appeal unanimously held, in both cases, that the Ontario courts had jurisdiction over the claims and the parties. It then decided that the Ontario courts should not decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* principles, because a Cuban court would not clearly be a more appropriate forum.

[13] The appeals in *Van Breda* and *Charron* were also heard together in this Court. They were heard during the same session as two other appeals involving the issues of jurisdiction and *forum non conveniens*, which concerned actions in damages for defamation (*Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666, and *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636).

non conveniens. Il a tenu compte de la présence d'un plus grand nombre de parties et de témoins en Ontario qu'à Cuba, de ce que le préjudice avait été subi en Ontario et que les défendeurs étrangers pouvaient bénéficier d'une police d'assurance de responsabilité en Ontario. De plus, l'instruction de la poursuite à Cuba priverait M^{me} Charron et ses enfants de la possibilité d'exercer les recours en droit de la famille prévus par la loi. Pour ces motifs, le juge Mulligan a conclu qu'il était nettement plus approprié que le litige soit instruit en Ontario qu'à Cuba.

(3) Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721

[11] Les deux affaires ont été entendues ensemble en Cour d'appel de l'Ontario. Après avoir ordonné une nouvelle audition, la Cour d'appel de l'Ontario, dans les motifs rédigés par le juge Sharpe, a profité de l'occasion pour réexaminer et reformuler le critère de l'arrêt *Muscutt*. Je vais analyser ce nouveau cadre ci-dessous lorsque j'aborderai l'évolution de la common law en ce qui a trait aux conflits de compétence et au droit international privé.

[12] Il suffit de dire ici qu'après avoir reformulé le critère établi dans *Muscutt*, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité à la reconnaissance de la compétence des tribunaux ontariens à l'égard des demandes et des parties dans les deux affaires. Elle a ensuite statué que les tribunaux ontariens ne devaient pas décliner compétence en application de la doctrine du *forum non conveniens* parce qu'un tribunal cubain ne serait pas nettement un ressort plus approprié.

[13] Dans notre Cour, les pourvois formés dans les affaires *Van Breda* et *Charron* ont également été entendus ensemble. Au cours de la même session, la Cour a entendu deux autres affaires dans lesquelles des poursuites en dommages-intérêts pour diffamation posaient des problèmes de compétence et de *forum non conveniens* (*Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666, et *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636).

III. Analysis

Issues

(1) Nature and Scope of Private International Law

[14] These appeals raise broad issues about the fundamental principles of the conflict of laws, as this branch of the law has traditionally been known in the common law, or “private international law” as it is often called now (A. Briggs, *The Conflict of Laws* (2nd ed. 2008), at pp. 2-3; Manitoba Law Reform Commission, *Private International Law*, Report #119 (2009), at p. 2; J.-G. Castel, “The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law” (2007), 52 *McGill L.J.* 555).

[15] Although both appeals raise issues concerning both the determination of whether a court has jurisdiction (the test of jurisdiction *simpliciter*) and the principles governing a court’s decision to decline to exercise its jurisdiction (the doctrine of *forum non conveniens*), those issues may have an impact on the development of other areas of private international law. Private international law is in essence domestic law, and it is designed to resolve conflicts between different jurisdictions, the legal systems or rules of different jurisdictions and decisions of courts of different jurisdictions. It consists of legal principles that apply in situations in which more than one court might claim jurisdiction, to which the law of more than one jurisdiction might apply or in which a court must determine whether it will recognize and enforce a foreign judgment or, in Canada, a judgment from another province (S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2010), at p. 1).

[16] Three categories of issues — jurisdiction, *forum non conveniens* and the recognition of foreign judgments — are intertwined in this branch of the law. Thus, the framework established for the purpose of determining whether a court has jurisdiction may have an impact on the choice of law and on the recognition of judgments, and vice versa.

III. Analyse

Les questions en litige

(1) Nature et portée du droit international privé

[14] Les présents pourvois soulèvent des questions importantes au sujet des principes fondamentaux applicables au conflit de lois tel qu’il est connu depuis longtemps en common law ou en « droit international privé », l’appellation que l’on donne souvent de nos jours à ce domaine du droit (A. Briggs, *The Conflict of Laws* (2^e éd. 2008), p. 2-3; Commission de réforme du droit du Manitoba, *Private International Law*, Report #119 (2009), p. 2; J.-G. Castel, « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555).

[15] Bien que les deux pourvois soulèvent des questions relatives à la reconnaissance de compétence (le critère de la simple reconnaissance de compétence) et aux principes régissant la décision par un tribunal de décliner compétence (la doctrine du *forum non conveniens*), ces questions peuvent influencer sur l’évolution d’autres éléments du droit international privé. Ce domaine du droit relève essentiellement du droit interne et a pour objet la résolution des conflits entre des ressorts différents, entre des systèmes ou règles juridiques de ressorts différents et entre des décisions de tribunaux de ressorts différents. Il est formé de principes juridiques applicables dans des situations où plus d’un tribunal peut se déclarer compétent, ou lorsque les lois de plus d’un territoire peuvent s’appliquer, ou quand un tribunal doit décider s’il reconnaîtra et exécutera un jugement étranger ou, au Canada, un jugement d’une autre province (S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2010), p. 1).

[16] Dans ce domaine du droit, trois catégories de questions — la compétence, le *forum non conveniens* et la reconnaissance des jugements étrangers — sont étroitement liées. Le cadre établi afin de déterminer si un tribunal a compétence peut donc influencer sur le choix de la loi applicable et la reconnaissance des jugements, et vice versa.

Judicial decisions on choice of law and the recognition of judgments have played a central role in the evolution of the rules related to jurisdiction. None of the divisions of private international law can be safely analysed and applied in isolation from the others. This said, the central focus of these appeals is on jurisdiction and the appropriate forum.

(2) Issues Related to Jurisdiction: Assumption and Exercise of Jurisdiction

[17] Two issues arise in these appeals. First, were the Ontario courts right to assume jurisdiction over the claims of the respondents Van Breda and Charron and over the appellant, Club Resorts? Second, were they right to exercise that jurisdiction and dismiss an application for a stay based on *forum non conveniens*?

[18] To be able to resolve these issues, I must first discuss the evolution of the rules of jurisdiction *simpliciter* in Canadian private international law. It will be necessary to review the approach the Ontario Court of Appeal adopted in respect of the questions of assumption of jurisdiction and *forum non conveniens* in its judgments in the cases at bar and, in particular, its reconsideration of the principles that it had previously set out in *Muscutt*.

[19] I will then propose an analytical framework and legal principles for assuming jurisdiction (jurisdiction *simpliciter*) and for deciding whether to decline to exercise it (*forum non conveniens*). On that basis, I will review the facts of the cases at bar to determine whether the Ontario courts made any reviewable errors when they decided to retain jurisdiction over them.

[20] Before turning to these issues, however, it is important to consider the constitutional

D'ailleurs, la jurisprudence en matière de choix de la loi applicable et de reconnaissance des jugements a joué un rôle primordial dans l'évolution des règles relatives à la compétence. Il s'avère impossible d'analyser et d'appliquer sans risque un des éléments du droit international privé en faisant abstraction des autres éléments. Cela dit, les présents pourvois portent essentiellement sur la reconnaissance de compétence et la détermination du tribunal approprié pour l'instruction d'un litige.

(2) Questions liées à la compétence : déclaration et exercice de la compétence

[17] Deux questions se posent en l'espèce. Premièrement, les tribunaux ontariens ont-ils eu raison de se déclarer compétents à l'égard des actions intentées par les intimés Van Breda et Charron ainsi qu'à l'égard de l'appelante Club Resorts? Deuxièmement, ont-ils eu raison d'exercer cette compétence et de rejeter la demande de suspension d'instance fondée sur le *forum non conveniens*?

[18] Pour résoudre ces questions, je dois d'abord analyser l'évolution des règles applicables à la simple reconnaissance de compétence en droit international privé au Canada. Je dois étudier la manière dont la Cour d'appel de l'Ontario a examiné les questions relatives à la déclaration de compétence et au *forum non conveniens* dans les jugements rendus en l'espèce, et, en particulier, là où elle a revu les principes qu'elle avait établis dans l'arrêt *Muscutt*.

[19] Je proposerai alors un cadre d'analyse et des principes juridiques applicables à la déclaration de compétence (la simple reconnaissance de compétence) ainsi qu'aux décisions sur l'opportunité de décliner compétence (le *forum non conveniens*). Me fondant sur ce cadre d'analyse, j'examinerai les faits de ces affaires afin de déterminer si, en décidant de se déclarer compétents dans ces instances, les tribunaux ontariens ont commis des erreurs donnant lieu à révision.

[20] Mais avant d'aborder ces questions, il importe d'analyser le fondement constitutionnel du

underpinnings of private international law in Canada. This part of the analysis is necessary in order to explain the origins of the “real and substantial connection test” as it is now known, its nature, and its impact on the development of the principles of private international law.

(3) Constitutional Underpinnings of Private International Law

[21] Conflicts rules must fit within Canada’s constitutional structure. Given the nature of private international law, its application inevitably raises constitutional issues. This branch of the law is concerned with the jurisdiction of courts of the Canadian provinces, with whether that jurisdiction should be exercised, with what law should apply to a dispute, and with whether a court should recognize and enforce a judgment rendered by a court of another province or country. The rules of private international law can be found, in the common law provinces, in the common law and in statute law and, in Quebec, in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which contains a well-developed set of rules and principles in this area (see *Civil Code of Québec*, Book Ten, arts. 3076 to 3168). The interplay between provincial jurisdiction and external legal situations takes place within a constitutional framework which limits the external reach of provincial laws and of a province’s courts. The Constitution assigns powers to the provinces. But these powers are subject to the restriction that they be exercised within the province in question (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 1, at pp. 364-65 and 376-77; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at p. 569; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at paras. 26-28, *per* Major J.), and they must be exercised in a manner consistent with the territorial restrictions created by the Constitution (see *Castillo v. Castillo*, 2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870, at para. 5, *per* Major J.; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63, at para. 51, *per* Binnie J.).

droit international privé au Canada. Cette partie de l’analyse s’impose afin d’expliquer l’origine du « critère du lien réel et substantiel », ainsi qu’on l’appelle maintenant, sa nature et son incidence sur l’élaboration des principes du droit international privé.

(3) Fondement constitutionnel du droit international privé

[21] Les règles du droit international privé doivent être conformes au régime constitutionnel canadien. Compte tenu de la nature du droit international privé, son application soulève inévitablement des questions constitutionnelles. Cette branche du droit traite de la compétence des tribunaux provinciaux canadiens, de l’opportunité d’exercer cette compétence, de la loi applicable dans un litige donné et des conditions de la reconnaissance et de l’exécution d’un jugement rendu par un tribunal d’une autre province ou d’un tribunal étranger. Ses règles se trouvent dans la common law et dans les lois des provinces de common law et, au Québec, dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, qui contient un ensemble complet de règles et de principes en la matière (voir le *Code civil du Québec*, Livre dixième, art. 3076 à 3168). L’interaction de la compétence provinciale et des situations juridiques survenues à l’extérieur de la province se situe à l’intérieur d’un cadre constitutionnel qui limite la portée extraterritoriale des lois provinciales et des tribunaux provinciaux. En effet, la Constitution attribue des pouvoirs aux provinces, mais elle n’en autorise l’exercice que sur leur territoire (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. 2007), vol. 1, p. 364-365 et 376-377; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5^e éd. 2008), p. 569; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 26-28, le juge Major) et dans le respect des restrictions territoriales prévues par la Constitution (voir *Castillo c. Castillo*, 2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870, par. 5, le juge Major; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63, par. 51, le juge Binnie).

(4) Origins of the Real and Substantial Connection Test

[22] The real and substantial connection test arose out of decisions of this Court that were aimed at establishing broad and flexible principles to govern the exercise of provincial powers and the actions of a province's courts. It was focussed on two issues: (1) the risk of jurisdictional overreach by provinces and (2) the recognition of decisions rendered in other jurisdictions within the Canadian federation and in other countries. In developing the real and substantial connection test, the Court crafted a constitutional principle rather than a simple conflicts rule (see G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. I, *Théorie générale* (1998), at p. 47). However, the test was born as a general organizing principle of the conflict of laws. Its constitutional dimension appeared only later. Courts have used the expression "real and substantial connection" to describe the test in both senses, and often in the same judgment. This has produced confusion about both the nature of the test and the constitutional status of the rules and principles of private international law. A clearer distinction needs to be drawn between the private international law and constitutional dimensions of this test.

[23] From a constitutional standpoint, the Court has, by developing tests such as the real and substantial connection test, sought to limit the reach of provincial conflicts rules or the assumption of jurisdiction by a province's courts. However, this test does not dictate the content of conflicts rules, which may vary from province to province. Nor does it transform the whole field of private international law into an area of constitutional law. In its constitutional sense, it places limits on the reach of the jurisdiction of a province's courts and on the application of provincial laws to interprovincial or international situations. It also requires that all Canadian courts recognize and enforce decisions rendered by courts of the other Canadian provinces on the basis of a proper assumption of jurisdiction. But it does not establish the actual content of rules and principles of private international law, nor does

(4) Origine du critère du lien réel et substantiel

[22] Le critère du lien réel et substantiel provient d'arrêtés dans lesquels notre Cour a tenté d'établir des principes larges et souples régissant l'exercice des pouvoirs des provinces et l'intervention des tribunaux provinciaux. À cette occasion, la Cour a mis l'accent sur deux difficultés : (1) le risque d'exercice d'une compétence trop étendue par les provinces, et (2) la reconnaissance des décisions d'autres ressorts rendues au sein de la fédération canadienne et à l'étranger. Ainsi, dans l'élaboration du critère du lien réel et substantiel, la Cour a créé un principe constitutionnel plutôt qu'une simple règle de droit international privé (voir G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), p. 47). Cependant, le critère constituait au départ un principe directeur général de droit international privé. Sa dimension constitutionnelle est apparue seulement plus tard. D'ailleurs, les tribunaux utilisent, souvent dans le même jugement, l'expression « lien réel et substantiel » pour décrire les deux aspects du critère, ce qui entraîne la confusion quant à la nature du critère et au statut constitutionnel des principes et des règles de droit international privé. Il faut donc préciser la distinction entre le droit international privé et la dimension constitutionnelle du critère.

[23] D'un point de vue constitutionnel, la Cour tente, par l'élaboration de critères comme le critère du lien réel et substantiel, de limiter la portée des règles provinciales de droit international privé ou les déclarations de compétence des tribunaux provinciaux. Cependant, ce critère ne dicte pas le contenu de ces règles, qui peut varier d'une province à l'autre. Le critère ne transforme pas non plus l'ensemble du droit international privé en droit constitutionnel. Par son caractère constitutionnel, il établit des limites à la portée de la compétence des cours provinciales et à l'application des lois provinciales aux situations interprovinciales ou internationales. De plus, ce critère exige que toutes les cours au Canada reconnaissent et exécutent les décisions rendues par les cours des autres provinces lorsqu'elles se sont déclarées à bon droit compétentes dans une affaire donnée. Il ne permet toutefois

it require that those rules and principles be uniform.

[24] The first mention of a “real and substantial connection test” in the Court’s modern jurisprudence can be found in the reasons of Dickson J. in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393. That case concerned a tort action with respect to manufacturer’s liability. The main issue was whether the courts of Saskatchewan had jurisdiction over the claim and, if so, what substantive law governed it. Dickson J. suggested that the English courts seemed to be moving towards some form of “real and substantial connection test” (pp. 407-8) to resolve issues related to the assumption of jurisdiction by a province’s courts and the appropriate choice of the law applicable to a tort. The test was formally adopted in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077. As had been the case in *Moran*, the Court’s intention in *Morguard* was to develop an organizing principle of Canadian private international law, albeit with constitutional overtones. The test’s constitutional role in the Canadian federation was confirmed a few years later in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289. Its Janus-like nature — with a private international law face on the one hand and a constitutional face on the other — crystallized in *Hunt* and remained a permanent feature of the subsequent jurisprudence.

[25] In retrospect, it can be seen that in *Morguard*, the Court initiated a major shift in the framework governing the conflict of laws in Canada by accepting the validity of the real and substantial connection test as a principle governing the rules applicable to conflicts. In view of its importance, the case merits closer consideration. At issue in *Morguard* was an application to enforce, in British Columbia, a judgment rendered in Alberta against a resident of British Columbia. The claim related to a debt secured by a mortgage on property in Alberta. The parties were resident in Alberta at the time the

pas de déterminer le contenu réel des règles et des principes de droit international privé et n’exige pas que ces règles et principes soient uniformes.

[24] C’est dans les motifs rédigés par le juge Dickson dans *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, que le « critère du rapport réel et substantiel » apparaît pour la première fois dans la jurisprudence moderne de la Cour. Il était question dans cette affaire d’une action en responsabilité délictuelle intentée contre un fabricant. La Cour devait principalement établir si les tribunaux de la Saskatchewan avaient compétence sur l’action et déterminer, dans l’affirmative, le droit substantiel applicable au litige. Selon le juge Dickson, les tribunaux anglais semblaient tendre vers une forme quelconque de « critère du rapport réel et substantiel » (p. 407-408) pour trancher les questions liées aux déclarations de compétence par les tribunaux provinciaux et celles relatives à la détermination du droit applicable à un délit. Le critère a formellement été adopté dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077. Tout comme dans l’arrêt *Moran*, la Cour, dans *Morguard*, voulait établir un principe directeur de droit international privé canadien, comportant toutefois des connotations constitutionnelles. La Cour a confirmé, quelques années plus tard dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la place qu’occupe ce critère dans la fédération canadienne sur le plan constitutionnel. Le critère qui, à l’instar de Janus, se présente sous deux aspects — l’un de droit international privé et l’autre de nature constitutionnelle — a été confirmé dans l’arrêt *Hunt*, et toutes les décisions qui ont suivi l’ont conservé.

[25] Rétrospectivement, on peut constater que dans l’arrêt *Morguard*, la Cour a modifié considérablement le cadre du droit international privé au Canada en reconnaissant la validité du critère du lien réel et substantiel en tant que principe régissant l’application des règles du droit international privé. Un examen plus approfondi de cette affaire s’impose en raison de son importance. L’arrêt *Morguard* portait sur une demande d’exécution, en Colombie-Britannique, d’un jugement rendu en Alberta contre une personne résidant en Colombie-Britannique. La réclamation visait une dette

loan was made. La Forest J., writing for a unanimous Court, called for a re-evaluation of relationships between the courts of the provinces within the Canadian federation. The creation of the Canadian federation established an internal space within which exchanges should occur more freely than between independent states. The principle of comity and the principles of fairness and order applicable within a federal space required that the rules of private international law be adjusted (*Morguard*, at pp. 1095-96).

[26] In *Morguard*, the Court held that the courts of a province must recognize and enforce a judgment of a court of another province if a real and substantial connection exists between that court and the subject matter of the litigation. Another purpose of the test was to prevent improper assumptions of jurisdiction by the courts of a province. Thus, the test was designed to ensure that claims are not prosecuted in a jurisdiction that has little or no connection with either the transactions or the parties, and it requires that a judgment rendered by a court which has properly assumed jurisdiction in a given case be recognized and enforced. La Forest J. did not seek to determine the precise content of this real and substantial connection test (*Morguard*, at p. 1108), nor did he elaborate on the strength of the connection. Rather, he held that the connections between the matters or the parties, on the one hand, and the court, on the other, must be of some significance in order to promote order and fairness. They must not be “tenuous” (p. 1110). La Forest J. added that the requirement of a real and substantial connection was consistent with the constitutional imperative that provincial power be exercised “in the province” (p. 1109). Because the appeal had not been argued on constitutional grounds, however, he refrained from determining whether the real and substantial connection test should be considered a constitutional test.

[27] The Court’s subsequent judgment in *Hunt* confirmed the constitutional nature of the real and substantial connection test. That case concerned

garantie par une hypothèque consentie sur un bien-fonds en Alberta. Les parties résidaient en Alberta au moment où le prêt avait été consenti. S’exprimant au nom d’une Cour unanime, le juge La Forest a préconisé une réévaluation des rapports qu’entretenaient entre eux les tribunaux provinciaux au sein de la fédération canadienne. La création de la fédération canadienne avait permis d’aménager un espace où les échanges devaient se faire plus librement qu’entre États indépendants. Les principes de courtoisie, d’équité et d’ordre applicables dans un espace fédéral exigeaient alors en conséquence une modification des règles du droit international privé (*Morguard*, p. 1095-1096).

[26] Dans *Morguard*, la Cour a conclu que les tribunaux d’une province doivent reconnaître et exécuter un jugement rendu par le tribunal d’une autre province lorsqu’un lien réel et substantiel rattache ce tribunal à l’objet du litige. Le critère visait aussi à prévenir les déclarations de compétence inopportunes par les cours provinciales. D’une part, ce critère visait donc à empêcher que des poursuites soient engagées dans un ressort n’ayant que peu ou pas de lien avec les opérations ou les parties. D’autre part, il exigeait la reconnaissance et l’exécution des jugements rendus par des tribunaux s’étant à bon droit déclarés compétents dans une affaire donnée. Le juge La Forest n’a pas cherché à déterminer la nature exacte de ce critère du lien réel et substantiel (*Morguard*, p. 1108), et il n’a pas non plus fourni de précisions sur la force de ce lien. Il a plutôt conclu que le lien entre les affaires ou les parties et la cour devait revêtir une certaine importance pour favoriser l’ordre et l’équité. Ce lien ne devait pas être « ténue » (p. 1110). Toujours selon le juge La Forest, la présence obligatoire d’un lien réel et substantiel respectait l’impératif constitutionnel selon lequel le pouvoir provincial doit être exercé « [dans] la province » (p. 1109). Comme le pourvoi n’avait pas été débattu sur la base de considérations constitutionnelles, le juge La Forest s’est toutefois abstenu de décider s’il fallait qualifier de constitutionnel le critère du lien réel et substantiel.

[27] Dans l’arrêt *Hunt*, rendu par la suite, notre Cour a confirmé la nature constitutionnelle du critère en question. Cette affaire portait sur

the application of a “blocking” statute enacted by the Quebec legislature that prohibited the transfer to other jurisdictions of certain documents kept by corporations in Quebec, even in the context of court litigation. The Court found that the statute was not applicable to litigation conducted in British Columbia. It held that assumptions of jurisdiction by a province and its courts must be grounded in the principles of order and fairness in the judicial system. The real and substantial connection test from *Morguard* reflected the need for limits on assumptions of jurisdiction by a province’s courts (*Hunt*, at p. 325). Any improper assumption of jurisdiction would be negated by the requirement that there be a “real and substantial connection” (p. 328; see C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3rd ed. 2011), at p. 38).

[28] Since *Hunt*, the real and substantial connection test has been recognized as a constitutional imperative in the application of the conflicts rules. It reflects the limits of provincial legislative and judicial powers and has thus become more than a conflicts rule. Its application was extended to the recognition and enforcement of foreign judgments in *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416.

[29] But, in the common law, the nature of the conflicts rules that would accord with the constitutional imperative has remained largely undeveloped in this Court’s jurisprudence. Although the real and substantial connection test has been consistently applied both as a constitutional test and as a principle of private international law, since *Hunt*, the Court has generally declined to articulate the content of the private international law rules that would satisfy the test’s constitutional requirements or to develop a framework for them. The Court has continued to affirm the relevance and importance of the test and has even extended it to foreign judgments, but without attempting to elaborate upon the rules it requires (see *Beals*, at paras. 23 and 28, *per Major J.*).

l’application d’une loi « prohibitive » de la province de Québec interdisant, même dans le cas d’un litige devant les tribunaux, le transport dans d’autres ressorts de certains documents conservés par des sociétés québécoises. La Cour a jugé que la loi ne s’appliquait pas à une poursuite instruite en Colombie-Britannique. Selon elle, la déclaration de compétence d’une province et de ses tribunaux devait avoir pour assises les principes d’ordre et d’équité applicables dans le système judiciaire. Le critère du lien réel et substantiel adopté dans l’arrêt *Morguard* démontrait la nécessité d’établir des limites aux déclarations de compétence des tribunaux provinciaux (*Hunt*, p. 325). L’exigence du « lien réel et substantiel » ferait obstacle à toute déclaration de compétence inopportune (p. 328; voir C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3^e éd. 2011), p. 38).

[28] Depuis l’arrêt *Hunt*, on reconnaît le critère du lien réel et substantiel comme un impératif constitutionnel dans l’application des règles du droit international privé. Ce critère indique les limites auxquelles sont assujettis les pouvoirs législatif et judiciaire des provinces. Il est donc devenu plus qu’une règle de droit international privé. De plus, dans l’arrêt *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416, la Cour a étendu son application à la reconnaissance et à l’exécution des jugements étrangers.

[29] Mais en common law, la nature des règles du droit international privé qui seraient compatibles avec l’impératif constitutionnel reste en bonne partie inexplorée dans la jurisprudence de notre Cour. Bien que le critère du lien réel et substantiel ait été constamment appliqué comme critère constitutionnel et principe de droit international privé, depuis l’arrêt *Hunt*, la Cour a généralement refusé de préciser le contenu et le cadre d’application des règles de droit international privé qui répondraient aux exigences d’ordre constitutionnel qu’impose le critère. La Cour a continué de souligner la pertinence et l’importance du critère, et a même étendu son application aux jugements étrangers, mais sans tenter de préciser les règles applicables (voir *Beals*, par. 23 et 28, le juge Major).

[30] So the test does exist. But what does it mean? What rules would satisfy its status as a constitutional imperative? Two approaches are possible. One approach is to view the test not only as a constitutional principle, but also as a conflicts rule in itself. If it is viewed as a conflicts rule, its content would fall to be determined on a case-by-case basis by the courts in decisions in which they would attempt to implement the objectives of order and fairness in the legal system. The other approach is to accept that the test imposes constitutional limits on provincial powers, but to seek to develop a system of connecting factors and principles designed to make the resolution of conflict of laws issues more predictable in order to reduce the scope of judicial discretion exercised in the context of each case. Some academic commentators view the second approach as critical in order to maintain order, efficiency and predictability in this area of the law. Indeed, the real and substantial connection test itself has been criticized as being much too loose and unpredictable to facilitate an orderly resolution of conflicts issues (see J.-G. Castel; J. Blom and E. Edinger, “The Chimera of the Real and Substantial Connection Test” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373).

[31] Thus, in the course of this review, we should remain mindful of the distinction between the real and substantial connection test as a constitutional principle and the same test as the organizing principle of the law of conflicts. With respect to the constitutional principle, the territorial limits on provincial legislative competence and on the authority of the courts of the provinces derive from the text of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. These limits are, in essence, concerned with the legitimate exercise of state power, be it legislative or adjudicative. The legitimate exercise of power rests, *inter alia*, upon the existence of an appropriate relationship or connection between the state and the persons who are brought under its authority. The purpose of constitutionally imposed territorial limits is to ensure the existence

[30] Ainsi, le critère existe. Mais en quoi peut-il consister? Quelles règles répondraient à l’impératif constitutionnel qu’il constitue? Deux approches peuvent être retenues. On pourrait considérer le critère non seulement comme un principe constitutionnel, mais aussi comme une règle de droit international privé en soi. Si le critère était considéré comme une règle de droit international privé, il appartiendrait aux juges d’établir au cas par cas son contenu et de tenter, dans leurs décisions, de mettre en œuvre les objectifs d’ordre et d’équité au sein du système juridique. L’autre approche consisterait à reconnaître que le critère impose des limites constitutionnelles aux pouvoirs des provinces, tout en cherchant à développer un ensemble de facteurs de rattachement et de principes susceptibles d’accroître la prévisibilité du règlement des problèmes de droit international privé et de réduire par le fait même l’étendue du pouvoir discrétionnaire exercé par les juges dans chaque cas. Selon certains auteurs, l’adoption de la deuxième approche est essentielle au maintien de l’ordre, de l’efficacité et de la prévisibilité dans ce domaine du droit. En fait, on a critiqué le critère du lien réel et substantiel, parce qu’il serait beaucoup trop vague et imprévisible pour favoriser la résolution ordonnée des problèmes de droit international privé (voir J.-G. Castel; J. Blom et E. Edinger, « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373).

[31] Dans la présente analyse, il nous faut donc garder à l’esprit la distinction entre le critère du lien réel et substantiel en tant que principe constitutionnel et ce même critère en tant que principe directeur du droit international privé. En ce qui concerne le principe constitutionnel, les limites territoriales de la compétence législative provinciale et de l’autorité des tribunaux provinciaux découlent du texte de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Essentiellement, ces limites visent à assurer l’exercice légitime du pouvoir — législatif ou juridictionnel — de l’État. L’exercice légitime de ce pouvoir repose notamment sur l’existence d’un rapport ou d’un lien approprié entre l’État et les personnes sur lesquelles il peut exercer son autorité. Les limites territoriales qu’impose la Constitution garantissent l’existence du rapport ou du lien requis

of the relationship or connection needed to confer legitimacy.

[32] As can be observed from the jurisprudence, in Canadian constitutional law, the real and substantial connection test has given expression to the constitutionally imposed territorial limits that underlie the requirement of legitimacy in the exercise of the state's power of adjudication. This test suggests that the connection between a state and a dispute cannot be weak or hypothetical. A weak or hypothetical connection would cast doubt upon the legitimacy of the exercise of state power over the persons affected by the dispute.

[33] The constitutionally imposed territorial limits on adjudicative jurisdiction are related to, but distinct from, the real and substantial connection test as expressed in conflicts rules. Conflicts rules include the rules that have been chosen for deciding when jurisdiction can be assumed over a given dispute, what law will govern a dispute or how an adjudicative decision from another jurisdiction will be recognized and enforced. The constitutional territorial limits, on the other hand, are concerned with setting the outer boundaries within which a variety of appropriate conflicts rules can be elaborated and applied. The purpose of the constitutional principle is to ensure that specific conflicts rules remain within these boundaries and, as a result, that they authorize the assumption of jurisdiction only in circumstances representing a legitimate exercise of the state's power of adjudication.

[34] This case concerns the elaboration of the "real and substantial connection" test as an appropriate common law conflicts rule for the assumption of jurisdiction. I leave further elaboration of the content of the constitutional test for adjudicative jurisdiction for a case in which a conflicts rule is challenged on the basis of inconsistency with constitutionally imposed territorial limits. To be clear, however, the existence of a constitutional test aimed at maintaining the constitutional limits on

pour conférer la légitimité nécessaire à l'exercice de ce pouvoir.

[32] Comme l'illustre la jurisprudence, en droit constitutionnel canadien, le critère du lien réel et substantiel a affirmé les limites territoriales imposées par la Constitution qui sous-tendent la légitimité nécessaire à l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'État. Ce critère suppose que le lien entre un État et un litige ne peut être tenu ni hypothétique. Un lien de cette nature jetterait un doute sur la légitimité de l'exercice, par l'État, de son pouvoir sur les personnes que touche le litige.

[33] Les limites territoriales à la compétence juridictionnelle qu'impose la Constitution sont reliées au critère du lien réel et substantiel exprimé dans les règles du droit international privé, mais ces limites demeurent distinctes de ce critère. En effet, les règles de droit international privé comprennent les règles choisies pour permettre aux tribunaux de déterminer dans quelles circonstances ils peuvent se déclarer compétents à l'égard d'un litige donné, quelles lois ils doivent appliquer à un litige ou de quelle façon ils doivent reconnaître et exécuter une décision rendue dans un autre ressort. Par contre, les limites territoriales prévues par la Constitution déterminent le territoire à l'intérieur duquel peuvent être élaborées et appliquées diverses règles de droit international privé appropriées. Le principe constitutionnel vise à assurer que les règles particulières de droit international privé respectent les limites de ce territoire et, par conséquent, qu'elles n'autorisent la déclaration de compétence que dans des circonstances représentant un exercice légitime du pouvoir juridictionnel de l'État.

[34] En l'espèce, il s'agit d'élaborer le critère du « lien réel et substantiel » en tant que règle de droit international privé qu'un tribunal peut appliquer en common law pour déterminer s'il peut se déclarer compétent. Le contenu du critère constitutionnel de la compétence juridictionnelle pourra être élaboré dans une affaire dans laquelle une règle de droit international privé serait contestée parce qu'elle ne respecterait pas les limites territoriales imposées par la Constitution. Précisons toutefois

the powers of a province's legislature and courts does not mean that the rules of private international law must be uniform across Canada. Legislatures and courts may adopt various solutions to meet the constitutional requirements and the objectives of efficiency and fairness that underlie our private international law system. Nor does this test's existence mean that the connections with the province must be the strongest ones possible or that they must all point in the same direction.

[35] Turning to the search for appropriate conflicts rules, the trend is towards retaining or establishing a system of connecting factors informed by principles for applying them, as opposed to relying on almost pure judicial discretion to achieve order and fairness. This trend is apparent in the laws passed by certain provincial legislatures and is reflected in a number of judicial decisions. These decisions include the important jurisprudential current that the Ontario Court of Appeal has been developing since *Muscutt*, which is in issue in the cases at bar. The real and substantial connection test should be viewed not in isolation, but rather in the context of its historical roots, contemporary legislative developments, the academic literature and initiatives aimed at developing and modernizing Canada's conflicts rules. The test was not born *ex nihilo*, without any awareness of the methods and techniques that evolved in the field of private international law. In this respect, both the common law and the civil law have relied largely on the selection and use of a number of specific objective factual connections.

[36] In *Hunt*, La Forest J. cautioned against casting aside all the traditional connections. In commenting on the difficulties of framing an appropriate test for a reasonable assumption of jurisdiction and on the development of the real and substantial connection test, he wrote:

que l'existence d'un critère constitutionnel visant le maintien des limites constitutionnelles des pouvoirs des législatures et des cours provinciales ne signifie pas que les règles de droit international privé doivent être uniformes partout au Canada. Les législatures et les tribunaux provinciaux peuvent adopter diverses solutions pour satisfaire aux exigences constitutionnelles et aux objectifs d'efficacité et d'équité sur lesquels repose notre système de droit international privé. L'existence d'un tel critère ne signifie pas non plus que les liens avec la province doivent être les plus déterminants possible ou qu'ils doivent tous tendre à la même conclusion.

[35] Dans la recherche de règles de droit international privé adéquates, la tendance prédominante consiste à maintenir ou à développer un ensemble de facteurs de rattachement inspirés des principes qui en régissent l'application, plutôt qu'à compter sur le pouvoir presque purement discrétionnaire des juges d'instaurer l'ordre et l'équité. Cette tendance ressort des lois que certaines provinces ont adoptées et d'un certain nombre de décisions judiciaires, notamment du courant jurisprudentiel important qui s'est établi en Cour d'appel de l'Ontario depuis l'arrêt *Muscutt*, et que nous devons examiner en l'espèce. Le critère du lien réel et substantiel devrait être examiné non pas hors contexte, mais bien en tenant compte de ses origines, des développements législatifs récents, de la doctrine et des initiatives destinées à développer et à moderniser les règles du droit international privé au Canada. En effet, on n'a pas créé ce critère *ex nihilo* sans tenir compte de l'évolution des méthodes et techniques dans le domaine du droit international privé. À cet égard, la common law et le droit civil se fondent dans une large mesure sur la sélection et l'utilisation d'un certain nombre de liens factuels objectifs et précis.

[36] Dans l'arrêt *Hunt*, le juge La Forest a indiqué qu'il faut se garder d'écarter tous les liens traditionnels. Dans son opinion, il a fait quelques observations sur les difficultés que présente la formulation d'un critère approprié de déclaration raisonnable de compétence et au sujet de l'élaboration du critère du lien réel et substantiel :

The exact limits of what constitutes a reasonable assumption of jurisdiction were not defined, and I add that no test can perhaps ever be rigidly applied; no court has ever been able to anticipate all of these. However, though some of these may well require reconsideration in light of *Morguard*, the connections relied on under the traditional rules are a good place to start. [p. 325]

[37] Not long after *Hunt*, the Court rendered its judgment in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, a case concerned mainly with determining what law should apply to a tort. In it, too, the Court's concern was to assure predictability in the application of the law of conflicts to tort claims. The Court established a new conflicts rule in respect of torts, abandoning the rule it had adopted in *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62, that favoured the law of the forum (*lex fori*) and holding that, in principle, the law governing the tort should be that of the place where the tort occurred (*lex loci delicti*). The *situs* of the tort would also justify the assumption of jurisdiction by the courts of a province. The Court did not at that time rely solely on the real and substantial connection test as a conflicts rule. In a sense, it held that in this context, the objectives of fairness and efficiency in the conflicts system would be better served by relying on factual connections with the place where the tort occurred.

[38] In La Forest J.'s opinion, *Morguard* prevented courts from overreaching by entering into matters in which they had little or no interest (*Tolofson*, at p. 1049). But he also cautioned against building a system of private international law based solely on the expectations of the parties and concerns of fairness in a specific case, as such a system could hardly be considered rational. A degree of predictability or reliability must be assured:

The truth is that a system of law built on what a particular court considers to be the expectations of the parties or what it thinks is fair, without engaging in further probing about what it means by this, does not bear the hallmarks of a rational system of law. Indeed in the present context it wholly obscures the nature of

Les limites de ce qui constitue une déclaration raisonnable de compétence n'ont pas été déterminées et j'ajoute qu'aucun critère ne pourra peut-être jamais être appliqué rigidement; aucun tribunal n'a jamais pu prévoir tous ces cas. Toutefois, même s'il peut bien être nécessaire d'en réexaminer certains à la lumière de l'arrêt *Morguard*, les liens invoqués aux termes des règles traditionnelles constituent un bon point de départ. [p. 325]

[37] Peu après le prononcé de l'arrêt *Hunt*, la Cour a rendu l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, où elle devait essentiellement établir le droit applicable à un délit. Encore une fois, la Cour tenait à assurer une certaine prévisibilité dans l'application des règles de droit international privé aux actions en responsabilité délictuelle. La Cour a créé dans cet arrêt une nouvelle règle de droit international privé applicable aux délits. La Cour a alors abandonné la règle établie dans *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62, qui favorisait la loi du for, et a conclu que le droit applicable au délit devait être en principe celui du lieu du délit (la *lex loci delicti*). La détermination du lieu du délit permettrait également aux cours provinciales de se déclarer compétentes. La Cour n'a pas tenté à l'époque de s'appuyer uniquement sur le critère du lien réel et substantiel en tant que règle de droit international privé. Dans un sens, elle a conclu que dans ce contexte, les objectifs d'équité et d'efficacité seraient mieux servis si les tribunaux s'appuyaient sur des liens factuels avec le lieu du délit.

[38] De l'avis du juge La Forest, l'arrêt *Morguard* a empêché les tribunaux d'abuser de leur pouvoir en intervenant dans des affaires où ils n'avaient que peu ou pas d'intérêt (*Tolofson*, p. 1049). Mais le juge La Forest a aussi souligné qu'il faut s'abstenir d'établir un régime de droit international privé fondé uniquement sur les attentes des parties et le souci d'équité dans une affaire donnée, car un tel régime pourrait difficilement être perçu comme rationnel. Il importe d'assurer une certaine prévisibilité ou fiabilité :

En vérité, un système de droit fondé sur la conception qu'un tribunal particulier a des attentes des parties ou de l'équité, sans chercher davantage à découvrir ce qu'il entend par là, n'a pas les caractéristiques distinctives d'un système juridique rationnel. En fait, il masque complètement la nature du problème dans le présent

the problem. In dealing with legal issues having an impact in more than one legal jurisdiction, we are not really engaged in that kind of interest balancing. We are engaged in a structural problem. [pp. 1046-47]

To La Forest J. in *Tolofson*, order was needed in the conflicts system, and was even a precondition to justice (p. 1058). Certainty was one of the key purposes being pursued in framing a conflicts rule (p. 1061). With this in mind, the Court crafted what it hoped would be a clear conflicts rule for torts that would bring a degree of certainty to this part of tort law and private international law (pp. 1062-64). Subject to the constitutional requirement established in *Morguard*, this rule would make it possible to identify some connecting factors linking the court or the law to the matter and to the parties. The presence of such factors would not necessarily resolve everything. Specific torts might raise particular difficulties that could require carefully defined exceptions (p. 1050). Such difficulties indeed arise in the companion cases of *Breeden* and *Éditions Écosociété Inc.* Nevertheless, a conflicts rule based on specific connections seemed likely to introduce greater certainty into the interpretation and application of private international law principles in Canada.

[39] Legislative action since *Morguard* and *Hunt* points in the same direction. Without entering into the details of the complex, often flexible and nuanced, system of conflicts rules that became part of the *Civil Code of Québec* in 1994, it is worth mentioning that the *Civil Code* sets out a number of specific conflicts rules that identify connecting factors to be applied in various international or interprovincial situations. This Court has discussed the *Civil Code's* scheme on a number of occasions. In particular, in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205, it reviewed the scheme applicable to the assumption by Quebec courts of jurisdiction over situations involving delictual or

contexte. Lorsque nous examinons des questions juridiques ayant une incidence dans plus d'un ressort, nous ne procédons pas vraiment à ce genre de pondération d'intérêts. Nous avons affaire à un problème structurel. [p. 1046-1047]

Selon le juge La Forest dans *Tolofson*, il fallait établir de l'ordre dans le système de droit international privé. Il considérait même l'établissement de cet ordre comme une condition préalable de la justice (p. 1058). La certitude constituait l'un des principaux objectifs que visait la formulation d'une règle de droit international privé (p. 1061). Dans cette perspective, la Cour a formulé ce qui, espérait-elle, deviendrait une règle claire de droit international privé applicable aux délits qui apporterait une certaine certitude à ce volet du droit des délits et du droit international privé (p. 1062-1064). Cette règle devrait, sous réserve de l'exigence constitutionnelle énoncée dans *Morguard*, permettre de relever certains facteurs de rattachement liant le tribunal ou le droit à l'affaire et aux parties. La présence de ces facteurs ne serait pas nécessairement une panacée. Certains délits particuliers pouvaient poser des difficultés particulières qui justifieraient la reconnaissance d'exceptions définies soigneusement (p. 1050). De telles difficultés se posent en effet dans les affaires connexes *Breeden* et *Éditions Écosociété Inc.* Toutefois, une règle de droit international privé fondée sur des liens précis apporterait vraisemblablement une certitude accrue dans l'interprétation et l'application des principes de droit international privé au Canada.

[39] Les interventions du législateur depuis les arrêts *Morguard* et *Hunt* s'orientent dans cette direction. Sans entrer dans les détails des règles du système de droit international privé complexe et généralement souple et nuancé que l'on a intégré au *Code civil du Québec* en 1994, il convient de signaler que le *Code civil* énonce plusieurs règles précises en la matière qui reconnaissent des facteurs de rattachement applicables à diverses situations aux plans international ou interprovincial. La Cour a analysé le régime du *Code civil* à quelques reprises. Plus particulièrement, dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, elle a étudié le régime applicable aux déclarations de compétence par les

quasi-delictual liability in an international or inter-provincial context.

[40] Across Canada, various initiatives have been undertaken to flesh out the real and substantial connection test. For example, the Uniform Law Conference of Canada proposed a uniform Act to govern issues related to jurisdiction and to the doctrine of *forum non conveniens* (see *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“*CJPTA*”) (online)).

[41] The *CJPTA* focusses mainly on issues related to the assumption of jurisdiction. Section 3(e) provides that a court may assume jurisdiction if “there is a real and substantial connection between [enacting province or territory] and the facts on which the proceeding against that person is based” (text in brackets in original). Section 10 enumerates a variety of circumstances in which such a connection would be presumed to exist. For example, it lists a number of factors that might apply where the purpose of the proceeding is the determination of property rights or rights related to a contract. In the case of tort claims, s. 10(g) provides that the commission of a tort in a province would be a proper basis for the assumption of jurisdiction by that province’s courts. Section 10 states that the list of connecting factors would not be closed and that other circumstances might be proven in order to establish a real and substantial connection. The *CJPTA* also includes specific provisions regarding forum of necessity (s. 6) and *forum non conveniens* (s. 11). A number of subsequent provincial statutes are clearly based on the *CJPTA* (see, e.g., *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.S. 1997, c. C-41.1; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), c. 2; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.Y. 2000, c. 7 (not yet in force)).

[42] In these statutes, the legislative scheme proposed in the *CJPTA* has been adopted, with some differences in wording, as they include

tribunaux québécois dans les cas de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle dans un contexte international ou interprovincial.

[40] Partout au Canada, diverses mesures ont été prises pour étoffer le critère du lien réel et substantiel. Par exemple, la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada a proposé une loi uniforme visant les problèmes relatifs à la compétence et à la règle du *forum non conveniens* (voir la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (« *LUCTRI* ») (en ligne)).

[41] La *LUCTRI* a surtout mis l’accent sur les problèmes relatifs à la déclaration de compétence. Selon l’al. 3e), un tribunal peut se déclarer compétent s’« il existe un lien réel et substantiel entre [province ou territoire qui adopte la Loi] et les faits sur lesquels est fondée l’instance » (texte entre crochets dans l’original). L’article 10 énonce diverses situations dans lesquelles l’existence d’un tel lien serait présumée. À titre d’exemple, il dresse une liste de facteurs susceptibles de s’appliquer si l’instance se rapporte à la détermination de droits de propriété ou de droits découlant d’un contrat. Dans les cas d’actions en responsabilité délictuelle, l’al. 10g) prévoit que les tribunaux d’une province peuvent se déclarer compétents à l’égard d’un délit commis dans cette province. L’article 10 prévoit aussi que la liste des facteurs de rattachement ne serait pas limitative et qu’il serait possible d’établir que d’autres circonstances démontrent l’existence d’un lien réel et substantiel. La *LUCTRI* contient également des dispositions précises relatives au for de nécessité (l’art. 6) et au *forum non conveniens* (l’art. 11). Plusieurs lois provinciales subséquentes s’inspirent clairement de la *LUCTRI* (voir par exemple la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, ch. 28; la *Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.S. 1997, ch. C-41.1; la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), ch. 2; la *Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.Y. 2000, ch. 7 (non en vigueur)).

[42] Malgré un certain nombre de différences dans leur formulation, ces lois adoptent le régime proposé dans la *LUCTRI*, car elles comportent

non-exhaustive lists of prescriptive connecting factors which are presumed to establish a real and substantial connection. Unlike with Book Ten of the *Civil Code of Québec*, the legislatures that enacted them did not attempt to codify the entire field of private international law, but attached particular importance to issues related to the assumption and exercise of jurisdiction.

[43] Unlike in these other provinces, the Ontario legislature has not enacted a statute based on the *CJPTA*. However, the province has established its own set of connecting factors for the purposes of service outside Ontario, which are set out in the Ontario *Rules of Civil Procedure*. These factors, which are found in rule 17.02, are similar, in part, to those of the *CJPTA* and of the statutes based on the *CJPTA*. It has been observed, though, that rule 17.02 is purely procedural in nature and does not by itself establish jurisdiction in a case (P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2010), at p. 121).

(5) Understanding the Real and Substantial Connection Test — The Ontario Court of Appeal in *Muscutt*

[44] Given the absence of statutory rules, the Ontario Court of Appeal endeavoured to establish a common law framework for the application of the real and substantial connection test in its important judgment in *Muscutt*. At issue in that case was a claim in tort. An Ontario resident had been injured in a car crash in Alberta. The four defendants lived in Alberta at the time. One of them moved to Ontario after the accident. The plaintiff returned to Ontario and sued all the defendants in Ontario. Two of the Alberta defendants moved to stay the action for want of jurisdiction and, in the alternative, on the basis of *forum non conveniens*. They argued that the action should be stayed for want of jurisdiction. They also challenged the constitutional validity of the provisions of the Ontario rules on service outside the province. In their opinion, those provisions were *ultra vires* the province of Ontario because they had an extraterritorial effect. The Ontario Superior Court of Justice dismissed the constitutional challenge and assumed

des listes non limitatives de facteurs de rattachement normatifs réputés établir un lien réel et substantiel. Contrairement au Livre dixième du *Code civil du Québec*, ces lois ne visaient pas à codifier tout le domaine du droit international privé mais accordaient une importance particulière aux problèmes que suscitent la déclaration et l'exercice de la compétence.

[43] Contrairement à ces autres provinces, l'Ontario n'a pas adopté une loi inspirée de la *LUCTRI*. Toutefois, pour les besoins de la signification en dehors de la province, l'Ontario a établi sa propre liste de facteurs de rattachement dans ses *Règles de procédure civile*. Ces facteurs, qui figurent à l'art. 17.02, ressemblent en partie à ceux énoncés dans la *LUCTRI* et les lois qu'elle a inspirées. On a fait remarquer toutefois que l'art. 17.02 est de nature purement procédurale et ne confère pas en soi compétence (P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2010), p. 121).

(5) Critère du lien réel et substantiel — L'arrêt *Muscutt* de la Cour d'appel de l'Ontario

[44] En raison de l'absence de règles d'origine législative, la Cour d'appel de l'Ontario s'est appliquée à établir un cadre jurisprudentiel d'application du critère du lien réel et substantiel dans son important jugement dans l'affaire *Muscutt*, portant sur une action en responsabilité délictuelle. Un résident de l'Ontario avait été blessé lors d'un accident d'automobile survenu en Alberta. Les quatre défendeurs vivaient en Alberta à l'époque, mais l'un d'eux a déménagé en Ontario par la suite. Le demandeur est revenu en Ontario et y a poursuivi en justice tous les défendeurs. Deux défendeurs albertains ont demandé la suspension de l'instance pour défaut de compétence et, subsidiairement, pour cause de *forum non conveniens*. Ils ont soutenu que la cour n'avait pas compétence et devait ordonner la suspension de l'instance. Ils ont aussi attaqué la constitutionnalité des règles ontariennes sur la signification en dehors de la province. Selon eux, du fait de leur portée extraterritoriale, ces dispositions outrepassaient les pouvoirs de la province de

jurisdiction. The matter was then appealed to the Court of Appeal, which took the opportunity to consider the constitutional issues, although the main focus of its decision was on the content and the application of the real and substantial connection test.

[45] The Court of Appeal quickly disposed of the argument that rule 17.02(h) was unconstitutional. It acknowledged that the real and substantial connection test imposed constitutional limits on the assumption of jurisdiction by a province's courts. But in its opinion, rule 17.02(h) was purely procedural and did not by itself determine the issue of the jurisdiction of the Ontario courts. The rule applied within the limits of the real and substantial connection test and did not resolve the issue of the assumption of jurisdiction (*Muscutt*, at paras. 50-52).

[46] The Court of Appeal then turned to the central issue in the case: whether it was open to the Superior Court of Justice to assume jurisdiction. Sharpe J.A. first sought to draw a clear distinction between the assumption of jurisdiction itself and *forum non conveniens*, which concerns the court's discretion to decline to exercise its jurisdiction. He cautioned against conflating what he viewed as different analytical stages in a situation in which the assumption of jurisdiction is in issue. A court must determine whether it has jurisdiction by applying the appropriate principles governing the assumption of jurisdiction. If it does have jurisdiction, it might then have to consider whether it should decline to exercise that jurisdiction in favour of a more appropriate forum (*Muscutt*, at paras. 40-42). The critical step in this process consists in determining when a court can properly assume jurisdiction in light of the constitutional limits imposed by the real and substantial connection test.

[47] Sharpe J.A. emphasized the importance of this Court's decisions — from *Morguard* to *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897 — in the re-crafting of the traditional approaches to the

l'Ontario. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la contestation constitutionnelle et s'est déclarée compétente. L'affaire a ensuite été portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a profité de l'occasion pour examiner les questions d'ordre constitutionnel. La Cour d'appel s'est toutefois surtout attardée dans sa décision au contenu et à l'application du critère du lien réel et substantiel.

[45] La Cour d'appel a rapidement tranché l'argument selon lequel l'al. 17.02h) était inconstitutionnel. Elle a reconnu que le critère du lien réel et substantiel imposait des limites d'ordre constitutionnel au pouvoir des tribunaux provinciaux de se déclarer compétents. Mais, à son avis, l'al. 17.02h) des Règles était purement procédural et ne permettait pas en soi de trancher la question de la compétence des tribunaux ontariens. Cet alinéa s'appliquait dans les limites du critère du lien réel et substantiel et ne permettait pas de résoudre la question de la déclaration de compétence (*Muscutt*, par. 50-52).

[46] La Cour d'appel s'est ensuite penchée sur la question fondamentale dans cette affaire, à savoir si la Cour supérieure de justice de l'Ontario pouvait se déclarer compétente. Le juge Sharpe a tout d'abord tenté d'établir une nette distinction entre la déclaration de compétence elle-même et le *forum non conveniens*, qui touche le pouvoir discrétionnaire du tribunal saisi de décliner compétence. Il a souligné qu'il fallait éviter de confondre ce qu'il considérait comme des étapes distinctes de l'analyse dans un cas de déclaration de compétence. Le tribunal doit décider s'il a compétence selon les principes applicables en la matière. S'il a effectivement compétence, il devra peut-être décliner compétence en faveur d'un tribunal plus approprié (*Muscutt*, par. 40-42). L'étape cruciale de ce processus consiste à déterminer quand le tribunal peut à juste titre se déclarer compétent compte tenu des limites constitutionnelles imposées par le critère du lien réel et substantiel.

[47] Le juge Sharpe a souligné l'importance des décisions rendues par notre Cour — depuis l'arrêt *Morguard* jusqu'à l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897 — quant à la

resolution of conflicts in private international law. The adoption of the real and substantial connection test mandated a flexible approach to the assumption of jurisdiction informed by the underlying requirements of order and fairness. This approach required a concrete analysis of a number of factors that would allow a court to decide whether a sufficient connection existed between the forum and the subject matter of the litigation rather than with the parties. The court was to look not for the strongest possible connection with the forum, but for a minimum connection sufficient to meet the constitutional requirement that the matter be linked to the forum (para. 44). The Court of Appeal held that a court should consider a variety of factors to determine whether it has jurisdiction. Sharpe J.A. recommended taking a broad approach to jurisdiction. The defendant's relationship with the forum might be an "important" connecting factor, but not a "necessary" one (para. 74 (emphasis deleted)).

[48] Although the Court of Appeal acknowledged the importance of flexibility, it stressed that clarity and certainty are also necessary characteristics of the conflicts system. It accordingly developed a list of eight factors to be considered when deciding whether an assumption of jurisdiction is justified:

- (1) the connection between the forum and the plaintiff's claim;
- (2) the connection between the forum and the defendant;
- (3) unfairness to the defendant in assuming jurisdiction;
- (4) unfairness to the plaintiff in not assuming jurisdiction;
- (5) the involvement of other parties to the suit;
- (6) the court's willingness to recognize and enforce an extraprovincial judgment rendered on the same jurisdictional basis;

reformulation des méthodes traditionnelles de règlement des conflits en droit international privé. Avec l'adoption du critère du lien réel et substantiel, il fallait aborder avec souplesse la déclaration de compétence, en considérant les principes sous-jacents d'ordre et d'équité. Suivant cette approche, une analyse concrète d'un certain nombre de facteurs devait permettre au tribunal de déterminer s'il existe un lien suffisant entre le tribunal et l'objet du litige plutôt que les parties. Le tribunal doit rechercher non pas le lien le plus étroit qui soit avec le ressort, mais un lien minimal suffisant pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle du rapport entre l'objet du litige et le ressort (par. 44). Selon la Cour d'appel, le tribunal doit examiner divers facteurs afin de décider s'il a compétence. Le juge Sharpe a recommandé une approche libérale à l'égard de la compétence. Ainsi, les rapports entre le défendeur et le ressort peuvent constituer un facteur de rattachement [TRADUCTION] « important », mais non un facteur « nécessaire » (par. 74 (italiques omis)).

[48] La Cour d'appel a reconnu l'importance de la souplesse dans l'établissement d'un régime de droit international privé, mais elle a souligné que la clarté et la certitude constituent également des caractéristiques essentielles de ce système. Elle a donc élaboré une liste de huit facteurs qu'il faut prendre en considération au moment de décider si une déclaration de compétence est justifiée :

- (1) le lien entre le tribunal et la demande;
- (2) le lien entre le tribunal et le défendeur;
- (3) le caractère inéquitable, pour le défendeur, de la déclaration de compétence;
- (4) le caractère inéquitable, pour le demandeur, du refus du tribunal de se déclarer compétent;
- (5) la participation d'autres parties à l'instance;
- (6) la volonté du tribunal de reconnaître et d'exécuter un jugement extraprovincial rendu sur le même fondement juridictionnel;

- (7) whether the case is interprovincial or international in nature; and
- (8) comity and the standards of jurisdiction, recognition and enforcement prevailing elsewhere.

[49] In the Court of Appeal's opinion, no single factor should be determinative. In Sharpe J.A.'s words, "all relevant factors should be considered and weighed together" (*Muscutt*, at para. 76). The Court of Appeal held that the Superior Court of Justice could assume jurisdiction in the case before it. It turned briefly to the issue of *forum non conveniens*, but found that an Alberta court would not be a more appropriate forum (para. 115).

[50] At the same time as its decision in *Muscutt*, the Court of Appeal applied this new template to four other cases in which the assumption of jurisdiction and *forum non conveniens* were in issue. In those appeals, it held that the Ontario courts should not assume jurisdiction, because the connections with Ontario were too insignificant to satisfy the real and substantial connection test. All four cases involved Ontario residents who had suffered injuries in accidents outside Canada and filed suits in Ontario courts (*Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84). All the actions were dismissed in respect of the foreign defendants. The Court of Appeal found that the facts that the plaintiffs resided in Ontario and had sustained damage in the province did not create a real and substantial connection between the litigation and the Ontario courts. Since the courts lacked jurisdiction, there was no need for the Court of Appeal to consider the *forum non conveniens* arguments.

(6) Reconsideration of *Muscutt* by the Ontario Court of Appeal

[51] A few years after *Muscutt*, the Court of Appeal decided that, in the cases now before this

- (7) le caractère interprovincial ou international de l'instance;
- (8) la courtoisie et les normes de compétence, de reconnaissance et d'exécution retenues ailleurs.

[49] De l'avis de la Cour d'appel, aucun facteur en particulier n'est déterminant. Pour reprendre les propos du juge Sharpe, [TRADUCTION] « il faut étudier et évaluer globalement tous les éléments pertinents » (*Muscutt*, par. 76). La cour d'appel a conclu que la Cour supérieure de justice pouvait se déclarer compétente en l'espèce. Elle a examiné brièvement la question du *forum non conveniens*, mais a conclu qu'un tribunal de l'Alberta n'était pas un ressort plus approprié (par. 115).

[50] Lorsqu'elle a rendu l'arrêt *Muscutt*, la Cour d'appel a appliqué ce nouveau cadre d'analyse dans quatre autres affaires où se posaient des problèmes de déclaration de compétence et de *forum non conveniens*. Elle a conclu dans ces affaires que les tribunaux ontariens ne devaient pas se déclarer compétents, car les liens avec l'Ontario étaient trop ténus pour satisfaire au critère du lien réel et substantiel. Dans ces quatre affaires, des résidents de l'Ontario blessés au cours d'accidents survenus à l'étranger avaient intenté des poursuites devant les tribunaux ontariens (*Lemmex c. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj c. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair c. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens c. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84). Toutes les actions intentées contre les défendeurs étrangers ont été rejetées. Selon la Cour d'appel, le fait que les demandeurs habitent en Ontario et qu'ils y aient subi un préjudice n'avait pas entraîné la création d'un lien réel et substantiel entre le litige et les tribunaux ontariens. La Cour d'appel n'avait pas à analyser les arguments relatifs au *forum non conveniens* en raison du défaut de compétence.

(6) Réexamen de l'arrêt *Muscutt* par la Cour d'appel de l'Ontario

[51] Quelques années après avoir rendu l'arrêt *Muscutt*, la Cour d'appel a estimé qu'il était devenu

Court, a review of the existing framework for the assumption of jurisdiction by Ontario courts and of issues related to *forum non conveniens* had become necessary. Since *Muscutt*, Ontario courts had consistently been applying the framework adopted in that case. Outside Ontario, *Muscutt* was considered an influential authority, and its framework was often accepted as an appropriate one for resolving issues related to the assumption of jurisdiction. But as I mentioned above, a number of common law provinces preferred to adopt the framework proposed in the *CJPTA*. On occasion, courts outside Ontario expressed reservations about certain aspects of the *Muscutt* framework (*Coutu v. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 N.B.R. (2d) 34, at paras. 67-68; *Fewer v. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39). It was suggested that the *Muscutt* test gave judges too much latitude in exercising their discretion on a case-by-case basis and was thus incompatible with the objectives of order and predictability in the assumption of jurisdiction. The wide parameters of this broad jurisdiction might also lead a court to conflate the jurisdictional analysis and the application of the doctrine of *forum non conveniens* in a search for the better or more appropriate forum in any given case. The analysis under the *Muscutt* test could also generate an instinctive bias in favour of the forum chosen by the plaintiff.

(7) The New Van Breda-Charron Approach of the Ontario Court of Appeal

[52] As the Court of Appeal noted, it had heard a variety of opinions and conflicting suggestions regarding the need to reframe the *Muscutt* test and how this should be done. Some of the litigants wanted to retain *Muscutt* as it was; others proposed the adoption of a test based on a list of presumptive connecting factors similar to that of the *CJPTA* (*Van Breda-Charron*, paras. 56-57). The Court of Appeal declined to craft a common law rule that would in substance reproduce the content of the

nécessaire, dans les affaires dont nous sommes actuellement saisis, de revoir le cadre des déclarations de compétence par des tribunaux ontariens ainsi que les questions liées au *forum non conveniens*. Depuis l'arrêt *Muscutt*, les tribunaux ontariens avaient appliqué invariablement le cadre établi dans cet arrêt. À l'extérieur de l'Ontario, on avait reconnu l'importance de l'arrêt *Muscutt* et le cadre qu'il propose avait souvent été retenu comme un cadre approprié pour régler les problèmes de déclaration de compétence. Mais, comme je l'ai déjà mentionné, plusieurs provinces de common law ont préféré adopter le cadre proposé dans la *LUCTRI*. De plus, à l'extérieur de l'Ontario, des tribunaux ont parfois exprimé des réserves au sujet de certains aspects du cadre analytique de l'arrêt *Muscutt* (*Coutu c. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 R.N.-B. (2^e) 34, par. 67-68; *Fewer c. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39). Ainsi, on a affirmé que le critère établi dans *Muscutt* laissait trop de latitude aux juges dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire au cas par cas et qu'il était donc incompatible avec les objectifs d'ordre et de prévisibilité dans la déclaration de compétence. Les vastes paramètres de ce large pouvoir pouvaient également amener un tribunal à confondre l'analyse de la compétence et l'application de la doctrine du *forum non conveniens*, à l'occasion d'une recherche d'un meilleur tribunal ou du tribunal le plus approprié dans un cas donné. Les analyses effectuées suivant le cadre retenu dans *Muscutt* pourraient aussi favoriser un parti pris instinctif en faveur du tribunal choisi par le demandeur.

(7) Nouvelle approche de la Cour d'appel de l'Ontario dans les affaires Van Breda-Charron

[52] Comme elle l'a mentionné, la Cour d'appel a entendu diverses opinions et reçu des propositions contradictoires relativement au besoin et à la manière de reformuler le critère établi dans *Muscutt*. Certains plaideurs souhaitaient que ce critère reste inchangé tandis que d'autres conseillaient de retenir un critère reposant sur une liste de facteurs de rattachement créant une présomption semblable à celle prévue dans la *LUCTRI* (*Van Breda-Charron*, par. 56-57). La Cour d'appel a refusé

CJPTA. Sharpe J.A. expressed the view that the unpredictability of the *Muscutt* test had been exaggerated, as had the degree of certainty and predictability that would result if the *CJPTA* scheme were adopted (para. 68). He proposed what he saw as a middle way. The Court of Appeal would retain the *Muscutt* test, but would modify it by simplifying it and bringing it closer to the *CJPTA* model. Sharpe J.A. stated: “In refining the *Muscutt* test, we can look to *CJPTA* as a worthy attempt to restate and update the Canadian law of jurisdiction . . . and, in so doing, bring Ontario law into line with the emerging national consensus on appropriate jurisdictional standards” (para. 69).

[53] On that basis, the Court of Appeal reframed the *Muscutt* test in part. The first change, as Sharpe J.A. stated, moved the existing framework closer to that of the *CJPTA*. It was the creation of a category-based presumption of jurisdiction modelled on s. 10 of the *CJPTA*. In the absence of statutory connecting factors, the court decided to rely for this purpose on the factors governing service outside Ontario set out in rule 17.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* (para. 71). Sharpe J.A. asserted that most of the connecting factors enumerated in rule 17.02, such as the fact that a contract was made in Ontario (rule 17.02(f)) or a tort was committed in the province (rule 17.02(g)), would presumptively confirm the jurisdiction of the Ontario court (para. 72). In other words, whenever one of these factors was established, a real and substantial connection justifying the assumption of jurisdiction by an Ontario court would be presumed to exist.

[54] Sharpe J.A. added that where the presumption applied, it would be rebuttable. It would be open to a party to argue that, even though a presumptive connection existed, the real and substantial connection test had not been met (para. 72). Sharpe J.A. stated that these changes would be consistent with the incremental approach to the development

d’élaborer une règle de common law qui reproduirait essentiellement la *LUCTRI*. Selon le juge Sharpe, on avait exagéré le caractère imprévisible du critère établi dans *Muscutt* de même que la certitude et la prévisibilité qui découleraient de l’adoption du régime prévu dans la *LUCTRI* (par. 68). Il a proposé ce qu’il considérait comme une voie mitoyenne : la Cour d’appel maintiendrait le critère de l’arrêt *Muscutt* tout en le simplifiant et en le rapprochant du modèle de la *LUCTRI*. À ce propos, le juge Sharpe a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « En précisant le critère établi dans *Muscutt*, nous pouvons voir dans la *LUCTRI* une tentative valable de reformuler et d’actualiser le droit canadien de la compétence [. . .] et ainsi rendre le droit ontarien conforme au consensus qui se dégage au Canada au sujet de normes applicables en matière de compétence » (par. 69).

[53] C’est dans cet esprit que la Cour d’appel a reformulé en partie le critère de l’arrêt *Muscutt*. Comme le juge Sharpe l’a affirmé, le premier changement a rapproché de la *LUCTRI* le cadre déjà établi. Il s’agit de la création d’une présomption de compétence fondée sur des catégories, qui s’inspire de l’art. 10 de la *LUCTRI*. En l’absence de facteurs de rattachement prévus par la loi, la cour a décidé de s’appuyer sur les facteurs énoncés à l’art. 17.02 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario qui régissent les significations en dehors de la province (par. 71). Le juge Sharpe a affirmé que la plupart des facteurs de rattachement prévus à l’art. 17.02 — tels la conclusion d’un contrat en Ontario (al. 17.02f)) ou la perpétration d’un délit dans la province (al. 17.02g)) — seraient présumés établir la compétence du tribunal ontarien (par. 72). Autrement dit, lorsqu’un de ces facteurs est établi dans un cas donné, on présumerait l’existence d’un lien réel et substantiel justifiant la déclaration de compétence du tribunal ontarien.

[54] Toujours selon le juge Sharpe, cette présomption, lorsqu’elle s’applique, resterait réfutable. Une partie pourrait soutenir qu’il n’a pas été satisfait au critère du lien réel et substantiel malgré l’existence d’un lien créant une présomption (par. 72). Le juge Sharpe a affirmé que ces modifications s’accorderaient avec l’évolution progressive

of common law rules. In addition, almost all the post-*Muscutt* cases that he had reviewed seemed to have been resolved by one or another of the factors listed in rule 17.02 (paras. 74-75).

[55] According to this view, the appropriate factors generally operate as reliable markers of jurisdiction at common law. The adoption of these markers would mitigate the complexity and unpredictability of the *Muscutt* test. Sharpe J.A. noted that the jurisprudence on service *ex juris* provides support for the use of these factors as indicators of a real and substantial connection. For example, in *Hunt*, La Forest J. had observed that, even if some of the traditional rules of jurisdiction might have to be recast in light of *Morguard*, the established factors could nevertheless be viewed as “a good place to start” (p. 325; see also *Spar Aerospace*, at paras. 55-56, on the provisions of the *Civil Code of Québec* applicable to the assumption by Quebec courts of jurisdiction over situations involving delictual and quasi-delictual liability). But Sharpe J.A. declined to give presumptive effect to the factors set out in rules 17.02(h) (damage sustained in Ontario) and 17.02(o) (necessary or proper party). Neither of these factors is included in the *CJPTA*. Nor have they gained broad acceptance as reliable indicators of jurisdiction. Indeed, the Court of Appeal found in *Muscutt* and its companion cases that the factor of “damage sustained in Ontario” was often not reliable and significant enough to justify an assumption of jurisdiction by an Ontario court.

[56] Sharpe J.A. reaffirmed the need to draw a clear distinction between assuming jurisdiction and deciding whether to decline to exercise it on the basis of the *forum non conveniens* doctrine. He cautioned against confusing these two different steps in the resolution of a conflicts issue and emphasized that the factors that would justify a stay in the *forum non conveniens* analysis should not be worked into the jurisdiction *simpliciter* analysis (paras. 81-82 and 101). The conflation of the two analyses may have been the result of an

des règles de common law. En outre, presque toutes les affaires postérieures à l’arrêt *Muscutt* qu’il a examinées semblaient avoir été résolues au moyen de l’un ou de l’autre des facteurs énumérés à l’art. 17.02 (par. 74-75).

[55] Selon ce point de vue, ces facteurs servent généralement en common law d’indicateurs fiables de la compétence. Le recours aux indicateurs en question atténuerait la complexité et l’imprévisibilité du critère établi dans *Muscutt*. Le juge Sharpe a ajouté que la jurisprudence relative aux significations *ex juris* appuie le recours à ces facteurs en tant qu’indicateurs d’un lien réel et substantiel. Par exemple, le juge La Forest avait fait remarquer dans *Hunt* que, même s’il faut peut-être modifier certaines des règles traditionnelles de compétence à la lumière de l’arrêt *Morguard*, les facteurs établis peuvent néanmoins être perçus comme « un bon point de départ » (p. 325; voir aussi *Spar Aerospace*, aux par. 55 et 56, au sujet des dispositions du *Code civil du Québec* applicables à la déclaration de compétence des tribunaux québécois en matière de responsabilité délictuelle et quasi délictuelle). Le juge Sharpe a néanmoins refusé d’attribuer une valeur de présomption aux facteurs énoncés aux al. 17.02h) (préjudice subi en Ontario) et 17.02o) (partie essentielle ou appropriée). Aucun de ces facteurs ne figure dans la *LUCTRI*. Ils n’ont pas non plus été largement acceptés en tant qu’indicateurs fiables de la compétence. En fait, la Cour d’appel a conclu dans l’arrêt *Muscutt* et dans les appels connexes que le facteur du « préjudice subi en Ontario » n’était, dans bien des cas, pas suffisamment fiable et important pour permettre à un tribunal ontarien de se déclarer compétent.

[56] Le juge Sharpe a confirmé la nécessité d’établir une nette distinction entre la déclaration de compétence et la décision relative à l’opportunité de ne pas exercer la compétence selon la doctrine du *forum non conveniens*. Il a souligné qu’il faut se garder de confondre ces deux étapes distinctes de la résolution d’une question litigieuse en droit international privé, et il a rappelé que les facteurs qui justifieraient une suspension d’instance au terme de l’analyse relative au *forum non conveniens* ne doivent pas être intégrés à l’analyse de la simple

unduly broad interpretation of the fairness factors of the *Muscutt* analysis (para. 81).

[57] Building on this first principle that recognized the list of presumptive connecting factors, Sharpe J.A. re-crafted the *Muscutt* test. He retained part of the *Muscutt* analysis, merged some of its factors and reviewed the roles of other principles governing the assumption of jurisdiction. The defendants' connection with the court seized of the action continued to be a valid and important consideration. However, the connection between the plaintiffs' claim and the forum was maintained as a core element of the real and substantial connection test. (paras. 87-88). A test based solely on the defendant's contacts with the jurisdiction would be "unduly restrictive" (para. 86).

[58] The Court of Appeal merged the two factors related to fairness to the parties of assuming or declining jurisdiction into a single one. At the same time, it recommended that judges avoid treating the consideration of fairness as a separate inquiry distinct from the core of the test, since fairness cannot compensate for weak connections. Sharpe J.A. understood, however, the need to retain fairness to the plaintiff and to the defendant as an analytical tool in assessing the relevance, quality and strength of the connections with the forum in order to determine whether assuming jurisdiction would accord with the principles of order and fairness (paras. 93, 95-96 and 98).

[59] Sharpe J.A. went on to observe that considerations of fairness would support the view that the forum of necessity doctrine is an exceptional basis for assuming jurisdiction (para. 100). I add that the forum of necessity issue is not before this Court in these appeals, and I will not need to address it here.

reconnaissance de compétence (par. 81-82 et 101). La tendance à confondre les deux analyses est peut-être imputable à une interprétation trop large des considérations d'équité qui entrent en ligne de compte dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Muscutt* (par. 81).

[57] Partant de ce premier principe qui reconnaît une liste de facteurs de rattachement créant une présomption, le juge Sharpe a reformulé le critère de l'arrêt *Muscutt*. Il a conservé une partie de l'analyse fondée sur cet arrêt, a fusionné certains de ses facteurs et a réexaminé les rôles joués par d'autres principes applicables à la déclaration de compétence. Le lien entre les défendeurs et le tribunal saisi de l'action est resté une considération valable et importante. Toutefois, celui entre le recours des demandeurs et le tribunal est demeuré un élément principal du critère du lien réel et substantiel (par. 87-88). Un critère fondé uniquement sur les liens du défendeur avec le tribunal serait [TRADUCTION] « indûment restrictif » (par. 86).

[58] La Cour d'appel a fusionné en un seul les deux facteurs relatifs au caractère équitable pour les parties de la décision, par le tribunal, de se déclarer compétent ou de décliner compétence. Parallèlement, elle a recommandé aux juges de ne pas considérer l'examen de l'équité comme une analyse distincte du cœur du critère, car l'équité ne saurait compenser des liens trop ténus. Le juge Sharpe a toutefois estimé nécessaire de conserver l'équité envers le demandeur et le défendeur comme outil servant à analyser la pertinence, la qualité et la solidité des liens avec le tribunal lorsqu'il s'agit d'établir si la déclaration de compétence respecterait les principes d'ordre et d'équité (par. 93, 95-96 et 98).

[59] Le juge Sharpe a ensuite fait remarquer que les considérations d'équité étaieraient aussi la reconnaissance de la doctrine du for de nécessité comme fondement, à titre exceptionnel, de la déclaration de compétence (par. 100). Je tiens à ajouter que la Cour n'est point saisie en l'espèce de la question du for de nécessité et je n'ai pas à l'aborder dans les présents motifs.

[60] According to Sharpe J.A., the involvement of other parties would remain a relevant factor, but its importance would be downgraded. It should not be routinely considered but would become relevant only if a party raised it as a connecting factor (para. 102).

[61] He accepted that acts or conduct short of residence that take place in the jurisdiction will often support a finding that a real and substantial connection has been established (para. 92).

[62] In the future, Sharpe J.A. stated, whether the courts would be willing to recognize and enforce a foreign judgment should not be treated as a separate factor to be weighed against the other connecting factors in determining jurisdiction. Rather, it is a general and overarching principle that constrains, or “disciplines”, as he wrote, the assumption of jurisdiction against extraprovincial defendants. A court should not assume jurisdiction if it would not be prepared to recognize and enforce a foreign judgment rendered on the same jurisdictional basis (para. 103). Whether the case is international or interprovincial was also removed from the list of factors. This would be treated as a question of law liable to be considered in the real and substantial connection analysis (para. 106). The court adopted the same approach in respect of comity and the standards of jurisdiction and of recognition and enforcement of judgments prevailing elsewhere. These considerations, while remaining relevant to the real and substantial connection analysis, would no longer serve as specific factors (paras. 107-8).

[63] Finally, the Court of Appeal held that considerations related to foreign law remain relevant to the issue of the assumption of jurisdiction. In Sharpe J.A.’s view, evidence on how foreign courts would treat such cases might be helpful (para. 107). I note in passing, however, that undue emphasis on juridical disadvantage as a factor in the jurisdictional analysis appears to be hardly consonant with the principle of comity that should govern legal relationships between modern democratic states,

[60] Selon le juge Sharpe, la participation de tierces parties demeurerait pertinente, quoique d’importance moindre. Il ne conviendrait pas de la prendre régulièrement en considération; elle ne deviendrait pertinente que dans les cas où une partie l’a invoquée comme facteur de rattachement (par. 102).

[61] Le juge Sharpe a reconnu que des actes ou une conduite dans le ressort n’équivalant pas à la résidence permettront souvent de conclure à l’existence d’un lien réel et substantiel (par. 92).

[62] Selon lui, l’ouverture des tribunaux à reconnaître et à exécuter un jugement étranger ne devrait pas être traitée comme un facteur distinct à évaluer par rapport aux autres facteurs de rattachement dans la reconnaissance de compétence. Il s’agit plutôt d’un principe général et prépondérant servant à restreindre la déclaration de compétence à l’encontre de défendeurs extraprovinciaux. Les tribunaux devront éviter de se déclarer compétents lorsqu’ils ne sont pas disposés à reconnaître et à exécuter un jugement étranger reposant sur le même fondement juridictionnel (par. 103). Le caractère international ou interprovincial d’une affaire a également été supprimé de la liste des facteurs. Ce sujet serait considéré comme une question de droit susceptible d’examen dans l’analyse du lien réel et substantiel (par. 106). La Cour d’appel a retenu la même approche relativement à la courtoisie et aux normes relatives à la compétence, ainsi qu’à la reconnaissance et à l’exécution des jugements applicables ailleurs. Ces considérations restent pertinentes relativement à l’analyse du lien réel et substantiel, mais elles ne constitueraient plus des facteurs précis (par. 107-108).

[63] Finalement, la Cour d’appel a jugé que les considérations relatives au droit étranger demeurent un facteur pertinent quant à la déclaration de compétence. Selon le juge Sharpe, des éléments de preuve exposant la façon dont les tribunaux étrangers traitent les affaires de cette nature pourraient être utiles (par. 107). Je signale toutefois au passage qu’une insistance indue sur le désavantage au plan juridique en tant que facteur dans l’analyse relative à la compétence ne paraît guère compatible avec

as this Court held in *Beals*. In particular, such an emphasis would seem hard to reconcile with the principle of comity that should govern relationships between the courts of different provinces within the same federal state, as this Court held in *Morguard* and *Hunt*.

[64] In summary, the *Van Breda-Charron* approach offers a simplified test in which the roles of a number of the factors of the *Muscutt* test have been modified. In short, when one of the presumptive connecting factors applies, the court will assume jurisdiction unless the defendant can demonstrate the absence of a real and substantial connection. If, on the other hand, none of the presumptive connecting factors are found to apply to the claim, the onus rests on the plaintiff to prove that a sufficient relationship exists between the litigation and the forum. In addition to the list of presumptive and non-presumptive factors, parties can rely on other connecting factors informed by the principles that govern the analysis.

[65] I will now turn to the issue of whether the Court of Appeal was right to hold that it was open to the Ontario courts to assume jurisdiction in the two cases now before us. If I conclude that it was open to them to do so, I will then discuss whether they should have declined to exercise their jurisdiction under the principles of *forum non conveniens*.

(8) Framework for the Assumption of Jurisdiction

[66] In this Court, as in the Court of Appeal, the parties and the interveners have expressed sharply different views about whether and how the law of conflicts should be changed in respect of the assumption of jurisdiction. As might be expected, the disagreements extend to the impact of possible changes on the outcome of these appeals. The conflicting approaches articulated in this Court reflect the tension between a search for flexibility, which is closely connected with concerns about fairness to individuals engaged in litigation, and a desire to

le principe de courtoisie qui doit régir les rapports juridiques qu'entretiennent des États démocratiques modernes, selon la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Beals*. Plus particulièrement, il semble difficile de concilier une telle approche avec le principe de courtoisie qui doit inspirer les rapports entre les tribunaux de différentes provinces au sein du même État fédéral, comme l'a affirmé notre Cour dans les arrêts *Morguard* et *Hunt*.

[64] En résumé, l'approche retenue dans *Van Breda-Charron* offre un critère simplifié, où la Cour d'appel a modifié le rôle que jouent plusieurs facteurs énoncés dans *Muscutt*. En bref, lorsque s'applique un des facteurs de rattachement créant une présomption, la cour se déclarera compétente à moins que le défendeur puisse démontrer l'absence d'un lien réel et substantiel. Par contre, s'il est établi qu'aucun de ces facteurs de rattachement ne s'applique au recours, il incombe alors au demandeur d'établir des rapports suffisants entre le litige et le tribunal. Outre les facteurs créant ou non une présomption qui sont énumérés, les parties peuvent invoquer d'autres facteurs de rattachement fondés sur les principes régissant l'analyse.

[65] J'aborde maintenant la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de décider que les tribunaux ontariens pouvaient se déclarer compétents dans les deux affaires qui nous occupent. Si je conclus qu'ils pouvaient le faire, j'examinerai ensuite s'ils auraient dû décliner compétence selon les principes du *forum non conveniens*.

(8) Un cadre applicable à la déclaration de compétence

[66] Les parties et les intervenants ont exprimé, devant notre Cour et la Cour d'appel de l'Ontario, des avis diamétralement opposés sur l'opportunité et la façon de modifier le droit international privé relatif à la déclaration de compétence. Comme on pouvait s'y attendre, les désaccords portent aussi sur l'incidence que d'éventuelles modifications peuvent avoir sur l'issue de ces pourvois. Les approches contradictoires exposées dans notre Cour traduisent la tension entre la quête de souplesse — intimement liée au souci d'équité envers les parties à

ensure greater predictability and consistency in the institutional process for the resolution of conflict of laws issues related to the assumption and exercise of jurisdiction. Indeed, striking a proper balance between flexibility and predictability, or between fairness and order, has been a constant theme in the Canadian jurisprudence and academic literature since this Court's judgments in *Morguard*, *Hunt*, *Amchem* and *Tolofson*.

[67] The real and substantial connection test is now well established. However, it is clear that dissatisfaction with it and uncertainty about its meaning and conditions of application have been growing, and that there is now a perceived need for greater direction on how it applies. I adverted above to the need to draw a distinction between the constitutional test and the rules of private international law — two aspects of the law of conflicts that have sometimes been conflated in previous cases. At this point, it is necessary to clarify the rules of the conflict of laws in a way that is consistent with the constitutional constraints on the provinces' courts but does not turn every private international law issue into a constitutional one.

[68] The legislatures of several provinces, as well as the Ontario Court of Appeal in *Muscutt* and *Van Breda-Charron*, have responded to these concerns and attempted to provide guidance for the application of the real and substantial connection test. We can build upon these legislative developments and judgments. Indeed, Sharpe J.A. referred in *Van Breda-Charron* to what he described, perhaps with some optimism, as an emerging consensus in Canadian law on how to resolve these issues. On the basis of this perhaps fragile consensus and these developments and judgments, this Court must craft more precisely the rules and principles governing the assumption of jurisdiction by the courts of a province over tort cases in which claimants sue in Ontario, but at least some of the events that gave rise to the claims occurred outside Canada or outside the province. I will also consider how jurisdiction should be exercised or declined under

un litige — et la volonté d'accroître la prévisibilité et la cohérence du processus institutionnel de résolution des problèmes de droit international privé que posent la déclaration de compétence et l'exercice de la compétence. En fait, l'établissement d'un juste équilibre entre la souplesse et la prévisibilité, ou entre l'équité et l'ordre, constitue un thème qui revient constamment dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes depuis les arrêts de notre Cour dans *Morguard*, *Hunt*, *Amchem* et *Tolofson*.

[67] Le critère du lien réel et substantiel est maintenant bien établi. Toutefois, il est clair que l'insatisfaction suscitée par ce critère et l'incertitude entourant sa signification et les modalités de son application s'accroissent, et que des directives complémentaires sur la façon de l'appliquer apparaissent maintenant nécessaires. J'ai déjà fait ressortir la nécessité de distinguer le critère constitutionnel et les règles du droit international privé — deux aspects du droit international privé ayant parfois été confondus dans la jurisprudence. Il importe maintenant de préciser les règles de droit international privé applicables dans le respect des limites constitutionnelles des pouvoirs des cours provinciales, sans transformer toutefois chaque problème de droit international privé en question constitutionnelle.

[68] Plusieurs législatures, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario dans *Muscutt* et *Van Breda-Charron*, ont réagi à la situation en tentant de fournir des précisions sur l'application du critère du lien réel et substantiel. Nous pouvons nous inspirer de ces mesures législatives et de cette jurisprudence. D'ailleurs, le juge Sharpe a fait allusion dans *Van Breda-Charron* à ce qu'il a qualifié, peut-être avec un certain optimisme, d'émergence en droit canadien d'un consensus sur la façon de résoudre ces questions. Compte tenu de ce consensus sans doute fragile, de ces mesures et de cette jurisprudence, la Cour doit préciser davantage les règles et les principes applicables aux déclarations de compétence des tribunaux provinciaux en matière de responsabilité délictuelle dans les cas où les demandeurs poursuivent en Ontario et où une partie au moins des faits ayant donné naissance à l'action sont survenus à l'étranger ou à l'extérieur de la

the doctrine of *forum non conveniens*. This said, I remain mindful that the Court is not of course tasked with drafting a complete code of private international law. Principles will be developed as problems arise before the courts. Moreover, all my comments about the development of the common law principles of the law of conflicts are subject to provisions of specific statutes and rules of procedure.

[69] When a court considers issues related to jurisdiction, its analysis must deal first with those concerning the assumption of jurisdiction itself. That analysis must be grounded in a proper understanding of the real and substantial connection test, which has evolved into an important constitutional test or principle that imposes limits on the reach of a province's laws and courts. As I mentioned above, this constitutional test reflects the limited territorial scope of provincial authority under the *Constitution Act, 1867*. At the same time, the Constitution acknowledges that international or interprovincial situations may have effects within a province. Provinces may address such effects in order to resolve issues related to conflicts with their own internal legal systems without overstepping the limits of their constitutional authority (see *Castillo*).

[70] The real and substantial connection test does not mean that problems of assumption of jurisdiction or other matters, such as the choice of the proper law applicable to a situation or the recognition of extraprovincial judgments, must be dealt with on a case-by-case basis by discretionary decisions of courts, which would determine, on the facts of each case, whether a sufficient connection with the forum has been established. Judicial discretion has an honourable history, and the proper operation of our legal system often depends on its being exercised wisely. Nevertheless, to rely completely on it to flesh out the real and substantial connection test in such a way that the test itself becomes a conflicts

province. J'examinerai aussi la façon de décliner compétence ou de l'exercer selon la doctrine du *forum non conveniens*. Je garde toutefois à l'esprit que notre Cour n'est évidemment pas chargée de codifier exhaustivement le droit international privé. Des principes se dégageront à mesure que les problèmes surgiront devant les tribunaux. De plus, toutes mes observations à propos de l'évolution des principes de la common law en matière de droit international privé n'écartent pas ce que prévoient les lois et règles de procédure civile applicables.

[69] Un tribunal saisi de questions de compétence doit d'abord axer son analyse sur les questions relatives à la déclaration de compétence elle-même. Cette analyse doit reposer sur une compréhension adéquate du critère du lien réel et substantiel. Dans son évolution, celui-ci est devenu un critère ou un principe constitutionnel important qui limite la portée des lois provinciales et la compétence des tribunaux provinciaux. Ce critère constitutionnel reflète, je le répète, la portée territoriale limitée de la compétence accordée aux provinces par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Parallèlement, la Constitution reconnaît que des situations survenues à l'étranger ou dans d'autres provinces peuvent avoir des répercussions dans la province. Les provinces peuvent examiner ces répercussions afin de régler les questions de rapport avec leur propre système juridique interne sans, pour autant, outrepasser les limites de leur compétence constitutionnelle (voir *Castillo*).

[70] Le critère du lien réel et substantiel ne signifie pas que les tribunaux doivent, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, déterminer au cas par cas, suivant les faits de chaque cause, s'il existe un lien suffisant avec le ressort pour régler les problèmes de déclaration de compétence ou d'autres questions, comme le choix du droit applicable dans une situation donnée ou la reconnaissance de jugements extraprovinciaux. Les tribunaux ont toujours bien exercé leur pouvoir discrétionnaire et le bon fonctionnement de notre système juridique dépend souvent de l'exercice prudent de ce pouvoir. Toutefois, une solution qui s'en remettrait complètement à l'exercice de ce pouvoir et le transformerait

rule would be incompatible with certain key objectives of a private international law system.

[71] The development of an appropriate framework for the assumption of jurisdiction requires a clear understanding of the general objectives of private international law. But the existence of these objectives does not mean that the framework for achieving them must be uniform across Canada. Because the provinces have been assigned constitutional jurisdiction over such matters, they are free to develop different solutions and approaches, provided that they abide by the territorial limits of the authority of their legislatures and their courts.

[72] What would be an appropriate framework? How should it be developed in the case of the assumption and exercise of jurisdiction by a court? A particular challenge in this respect lies in the fact that court decisions dealing with the assumption and the exercise of jurisdiction are usually interlocutory decisions made at the preliminary stages of litigation. These issues are typically raised before the trial begins. As a result, even though such decisions can often be of critical importance to the parties and to the further conduct of the litigation, they must be made on the basis of the pleadings, the affidavits of the parties and the documents in the record before the judge, which might include expert reports or opinions about the state of foreign law and the organization of and procedure in foreign courts. Issues of fact relevant to jurisdiction must be settled in this context, often on a *prima facie* basis. These constraints underline the delicate role of the motion judges who must consider these issues.

[73] Given the nature of the relationships governed by private international law, the framework for the assumption of jurisdiction cannot be an unstable, *ad hoc* system made up “on the fly” on a case-by-case basis — however laudable the objective of individual fairness may be. As La Forest J. wrote in *Morguard*, there must be order in the system, and it must permit the development of a

lui-même en une règle de droit international privé ne respecterait pas certains objectifs fondamentaux d’un système de droit international privé.

[71] L’élaboration d’un cadre approprié applicable aux déclarations de compétence exige une compréhension claire des objectifs généraux du droit international privé. L’existence de ces objectifs ne signifie toutefois pas que le cadre nécessaire à leur réalisation doit être uniforme partout au Canada. La compétence constitutionnelle dont sont investies les provinces sur ces matières leur permet d’élaborer différentes solutions et approches, pour autant que les limites territoriales dans lesquelles le législateur et les tribunaux exercent leurs pouvoirs soient respectées.

[72] En quoi consisterait un cadre adéquat? Comment devrait-on l’élaborer pour les questions de déclaration et d’exercice de la compétence? Le fait que les décisions judiciaires sur les questions de déclaration et d’exercice de la compétence soient généralement des décisions interlocutoires rendues aux stades préliminaires de l’instance représente un défi particulier à cet égard. En effet, ces questions sont normalement soulevées avant le début du procès lui-même. En conséquence, bien que ces décisions puissent souvent avoir une importance capitale pour les parties et la poursuite du litige, elles doivent reposer sur les actes de procédure, les affidavits des parties et les documents qui constituent le dossier soumis au juge, y compris, s’il en est, les rapports d’experts ou les opinions sur l’état du droit étranger et sur l’organisation et la procédure des tribunaux étrangers. Les questions de fait pertinentes quant à la compétence doivent être tranchées dans ce contexte, souvent à l’issue d’une analyse sommaire. Ces contraintes font ressortir le rôle délicat du juge saisi de ces questions.

[73] La nature des rapports régis par le droit international privé interdit de réduire le cadre applicable à la déclaration de compétence à un régime précaire et ponctuel élaboré sur le coup au cas par cas, aussi louable que soit l’objectif d’équité individuelle. Comme le soulignent les propos du juge La Forest dans *Morguard*, le régime doit être ordonné et doit permettre l’élaboration d’une méthode juste et

just and fair approach to resolving conflicts. Justice and fairness are undoubtedly essential purposes of a sound system of private international law. But they cannot be attained without a system of principles and rules that ensures security and predictability in the law governing the assumption of jurisdiction by a court. Parties must be able to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or interprovincial aspect. The need for certainty and predictability may conflict with the objective of fairness. An unfair set of rules could hardly be considered an efficient and just legal regime. The challenge is to reconcile fairness with the need for security, stability and efficiency in the design and implementation of a conflict of laws system.

[74] The goal of the modern conflicts system is to facilitate exchanges and communications between people in different jurisdictions that have different legal systems. In this sense, it rests on the principle of comity. But comity itself is a very flexible concept. It cannot be understood as a set of well-defined rules, but rather as an attitude of respect for and deference to other states and, in the Canadian context, respect for and deference to other provinces and their courts (*Morguard*, at p. 1095; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 47). Comity cannot subsist in private international law without order, which requires a degree of stability and predictability in the development and application of the rules governing international or interprovincial relationships. Fairness and justice are necessary characteristics of a legal system, but they cannot be divorced from the requirements of predictability and stability which assure order in the conflicts system. In the words of La Forest J. in *Morguard*, “what must underlie a modern system of private international law are principles of order and fairness, principles that ensure security of transactions with justice” (p. 1097; see also H. E. Yntema, “The Objectives of Private International Law” (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721, at p. 741).

équitable de règlement des conflits. La justice et l'équité constituent sans aucun doute des objectifs essentiels d'un bon système de droit international privé, mais elles ne peuvent se réaliser en l'absence d'un ensemble de principes et de règles assurant la sûreté et la prévisibilité du droit applicable à la déclaration de compétence d'un tribunal. Les parties doivent pouvoir prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d'une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent. Toutefois, le besoin de certitude et de prévisibilité peut entrer en conflit avec l'objectif d'équité. On peut difficilement considérer qu'un ensemble de règles inéquitable puisse constituer un régime juridique efficace et juste. La difficulté réside dans la conciliation de l'objectif d'équité avec le besoin de sûreté, de stabilité et d'efficacité dans la conception et la mise en œuvre d'un système de droit international privé.

[74] Le système moderne de droit international privé vise à faciliter les échanges et les communications entre les personnes de différents ressorts et régimes juridiques. Il repose en ce sens sur le principe de la courtoisie. La courtoisie elle-même est cependant une notion très souple. Il faut la considérer non pas comme un ensemble de règles bien définies, mais comme une attitude de respect et de déférence envers d'autres États et, au Canada, envers d'autres provinces et leurs tribunaux (*Morguard*, p. 1095; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 47). La courtoisie ne peut subsister en droit international privé sans l'ordre, qui exige une certaine stabilité et prévisibilité dans l'élaboration et l'application des règles qui régissent les relations internationales ou interprovinciales. L'équité et la justice constituent des éléments essentiels d'un système juridique, mais elles ne peuvent être dissociées des impératifs de prévisibilité et de stabilité qui assurent l'ordre du système de droit international privé. Pour reprendre les propos du juge La Forest dans *Morguard*, « ce sont les principes d'ordre et d'équité, des principes qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations qui doivent servir de fondement à un système moderne de droit international privé » (p. 1097; voir aussi H. E. Yntema, « The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721, p. 741).

[75] The development and evolution of the approaches to the assumption of jurisdiction reviewed above suggest that stability and predictability in this branch of the law of conflicts should turn primarily on the identification of objective factors that might link a legal situation or the subject matter of litigation to the court that is seized of it. At the same time, the need for fairness and justice to all parties engaged in litigation must be borne in mind in selecting these presumptive connecting factors. But in recent years, the preferred approach in Canada has been to rely on a set of specific factors, which are given presumptive effect, as opposed to a regime based on an exercise of almost pure and individualized judicial discretion.

[76] For example, the statutes based on the *CJPTA* and Book Ten of the *Civil Code of Québec* rely on specific facts linking the subject matter of the litigation to the jurisdiction. These factors are considered in order to determine whether a real and substantial connection exists for the purposes of the conflicts rules.

[77] In the *CJPTA*, in the case of tort claims, s. 10(g) refers to the *situs* of a tort as a specific factor connecting the act with the jurisdiction. The identification of the *situs* of a tort may well lead to further questions, to which the *CJPTA* does not offer immediate answers, such as: Where did the acts that gave rise to the injury occur? Did they happen in more than one place? Where was the damage suffered or where did it become apparent? Other connecting factors might also become relevant, such as the existence of a contractual relationship (s. 10(e)) or a business carried on in the province (s. 10(h)). Jurisdiction can also be presence-based, when the defendant resides in the province (s. 3(d)). Likewise, the *Civil Code of Québec* contains a list of factors that must be considered in order to determine whether a Quebec authority has jurisdiction over a delictual or quasi-delictual action (art. 3148).

[75] L'élaboration et l'évolution des méthodes d'analyse de la déclaration de compétence examinées ci-dessus supposent que la stabilité et la prévisibilité de ce volet du droit international privé devraient dépendre principalement de l'établissement de facteurs objectifs susceptibles de relier une situation juridique ou l'objet du litige au tribunal qui en est saisi. En même temps, la sélection de ces facteurs de rattachement créant une présomption doit tenir compte des besoins d'équité et de justice envers toutes les parties au litige. Ces dernières années, au Canada, les tribunaux ont toutefois préféré, à un régime où chaque juge exercerait un pouvoir purement discrétionnaire, une approche leur permettant de se fonder sur un ensemble de facteurs précis auxquels ils confèrent l'effet d'une présomption.

[76] Par exemple, les lois inspirées de la *LUCTRI* et le Livre dixième du *Code civil du Québec* s'appuient sur des faits précis établissant un lien entre l'objet du litige et le ressort. Ces facteurs sont pris en compte pour déterminer s'il existe un lien réel et substantiel pour l'application des règles du droit international privé.

[77] Dans le cas d'actions en responsabilité délictuelle, l'al. 10g) de la *LUCTRI* prévoit explicitement que le lieu où a été commis un délit constitue un facteur reliant l'acte au ressort. La détermination du lieu d'un délit pourrait fort bien soulever d'autres questions auxquelles la *LUCTRI* n'offre pas de réponses immédiates, par exemple : où ont été accomplis les actes ayant causé le préjudice? Ont-ils été accomplis à plus d'un endroit? Où le préjudice a-t-il été subi ou est-il devenu apparent? D'autres facteurs de rapprochement peuvent aussi devenir pertinents, par exemple l'existence d'obligations contractuelles (al. 10e)) ou une entreprise exploitée dans la province (al. 10h)). La compétence peut également reposer sur la présence dans un lieu, lorsque le défendeur réside dans la province (al. 3d)). De même, le *Code civil du Québec* énumère une série de facteurs qu'il faut prendre en considération pour établir si une autorité québécoise a compétence sur une action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle (art. 3148).

[78] Some authors take the view that the true core of the revised *Van Breda-Charron* test consists of a set of objective factual connections. Likewise, the Court of Appeal stated in *Van Breda-Charron* that the issue was essentially about connections: “The core of the real and substantial connection test is the connection that the plaintiff’s claim has to the forum and the connection of the defendant to the forum respectively” (para. 84; T. Monestier, “A ‘Real and Substantial’ Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010) 185, at pp. 204-7). In my view, identifying a set of relevant presumptive connecting factors and determining their legal nature and effect will bring greater clarity and predictability to the analysis of the problems of assumption of jurisdiction, while at the same time ensuring consistency with the objectives of fairness and efficiency that underlie this branch of the law.

[79] From this perspective, a clear distinction must be maintained between, on the one hand, the factors or factual situations that link the subject matter of the litigation and the defendant to the forum and, on the other hand, the principles and analytical tools, such as the values of fairness and efficiency or the principle of comity. These principles and analytical tools will inform their assessment in order to determine whether the real and substantial connection test is met. However, jurisdiction may also be based on traditional grounds, like the defendant’s presence in the jurisdiction or consent to submit to the court’s jurisdiction, if they are established. The real and substantial connection test does not oust the traditional private international law bases for court jurisdiction.

[80] Before I go on to consider a list of presumptive connecting factors for tort cases, I must define the legal nature of the list. It will not be exhaustive. Rather, it will, first of all, be illustrative of the factual situations in which it will typically be open to a court to assume jurisdiction over a matter. These factors therefore warrant presumptive effect,

[78] Certains auteurs estiment que le véritable cœur du nouveau critère de l’arrêt *Van Breda-Charron* se compose d’un ensemble de liens factuels objectifs. De même, la Cour d’appel a affirmé dans l’arrêt *Van Breda-Charron* que la question en litige portait essentiellement sur les liens : [TRADUCTION] « Le lien entre le recours du demandeur et le tribunal et le lien entre le défendeur et le tribunal constituent respectivement le cœur du critère du lien réel et substantiel » (par. 84; T. Monestier, « A “Real and Substantial” Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010) 185, p. 204-207). À mon sens, l’établissement d’un ensemble de facteurs de rattachement pertinents créant une présomption et la détermination de leur nature et de leur effet juridiques rendra l’analyse des problèmes de déclaration de compétence plus claire et plus prévisible, tout en assurant leur conformité avec les objectifs d’équité et d’efficacité sur lesquels repose cette branche du droit.

[79] Dans cette optique, il faut conserver une nette distinction entre, d’une part, les facteurs ou les situations de fait qui relient l’objet du litige et le défendeur au tribunal et, d’autre part, les principes et les outils d’analyse, comme les valeurs que sont l’équité et l’efficacité ou le principe de la courtoisie. Ces principes et outils d’analyse éclaireront l’examen des facteurs en vue de décider s’il est satisfait au critère du lien réel et substantiel. Toutefois, la compétence peut également reposer sur des fondements traditionnels, comme la présence du défendeur à l’intérieur du ressort ou son consentement à se soumettre à la compétence du tribunal, si ces fondements sont établis. Le critère du lien réel et substantiel n’écarte pas les fondements traditionnels de la compétence judiciaire en droit international privé.

[80] Cependant, avant de passer à l’examen d’une liste de facteurs de rattachement créant une présomption applicables dans les actions fondées sur un délit, je dois préciser la nature juridique de cette liste. Celle-ci ne sera pas exhaustive. Il s’agira plutôt d’illustrer avant tout les situations de fait permettant généralement à un tribunal de se déclarer

as the Court of Appeal held in *Van Breda-Charron* (para. 109). The plaintiff must establish that one or more of the listed factors exists. If the plaintiff succeeds in establishing this, the court might presume, absent indications to the contrary, that the claim is properly before it under the conflicts rules and that it is acting within the limits of its constitutional jurisdiction (J. Walker, “Reforming the Law of Crossborder Litigation: Judicial Jurisdiction”, consultation paper for the Law Commission of Ontario (March 2009), at pp. 19-20 (online)). Although the factors set out in the list are considered presumptive, this does not mean that the list of recognized factors is complete, as it may be reviewed over time and updated by adding new presumptive connecting factors.

[81] The presumption with respect to a factor will not be irrebuttable, however. The defendant might argue that a given connection is inappropriate in the circumstances of the case. In such a case, the defendant will bear the burden of negating the presumptive effect of the listed or new factor and convincing the court that the proposed assumption of jurisdiction would be inappropriate. If no presumptive connecting factor, either listed or new, applies in the circumstances of a case or if the presumption of jurisdiction resulting from such a factor is properly rebutted, the court will lack jurisdiction on the basis of the common law real and substantial connection test. I will elaborate on each of these points below.

(a) *List of Presumptive Connecting Factors*

[82] Jurisdiction must — irrespective of the question of forum of necessity, which I will not discuss here — be established primarily on the basis of objective factors that connect the legal situation or the subject matter of the litigation with the forum. The Court of Appeal was moving in this direction in the cases at bar. This means that the courts must rely on a basic list of factors that is drawn at first

compétent à l’égard d’une matière. Comme la Cour d’appel l’a affirmé dans *Van Breda-Charron* (par. 109), il est justifié de conférer à ces facteurs l’effet d’une présomption. Le demandeur doit établir l’existence de l’un ou de plusieurs des facteurs énumérés. S’il y parvient, la cour peut présumer, en l’absence d’indications contraires, qu’elle est à bon droit saisie de l’action en vertu des règles de droit international privé et qu’elle agit dans les limites de sa compétence constitutionnelle (J. Walker, « Réforme du droit régissant les litiges transfrontaliers : Compétence judiciaire », document de consultation présenté à la Commission du droit de l’Ontario (mars 2009), p. 23-24 (en ligne)). Bien que l’on considère que les facteurs énumérés créent une présomption, cela ne signifie pas que la liste des facteurs reconnus est définitive. Au contraire, elle pourra être revue au fil du temps et mise à jour par l’ajout de nouveaux facteurs de rattachement créant une présomption.

[81] La présomption que crée un facteur ne sera toutefois pas irréfragable. Le défendeur pourra plaider qu’un lien donné est inapproprié dans les circonstances de l’affaire. Dans un tel cas, il incombera au défendeur de réfuter la présomption créée par le facteur — énuméré ou nouveau — et de convaincre la cour qu’une déclaration de compétence serait inopportune. Si aucun facteur de rattachement — énuméré ou nouveau — créant une présomption ne s’applique dans les circonstances de l’affaire, ou si la présomption de compétence que fait naître ce facteur est valablement réfutée, la cour n’aura pas compétence en vertu du critère du lien réel et substantiel de la common law. J’expose chacune de ces questions ci-après.

a) *Liste de facteurs de rattachement créant une présomption*

[82] Sans égard à la question du for de nécessité, que je n’aborde pas en l’espèce, il faut établir la compétence principalement sur la base de facteurs objectifs reliant la situation juridique ou l’objet du litige au tribunal. C’est la voie qu’a empruntée la Cour d’appel dans les affaires qui nous occupent. Ainsi, les tribunaux doivent se fonder sur une liste de base énumérant les facteurs déjà reconnus dans

from past experience in the conflict of laws system and is then updated as the needs of the system evolve. Abstract concerns for order, efficiency or fairness in the system are no substitute for connecting factors that give rise to a “real and substantial” connection for the purposes of the law of conflicts.

[83] At this stage, I will briefly discuss certain connections that the courts could use as presumptive connecting factors. Like the Court of Appeal, I will begin with a number of factors drawn from rule 17.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*. These factors relate to situations in which service *ex juris* is allowed, and they were not adopted as conflicts rules. Nevertheless, they represent an expression of wisdom and experience drawn from the life of the law. Several of them are based on objective facts that may also indicate when courts can properly assume jurisdiction. They are generally consistent with the approach taken in the *CJPTA* and with the recommendations of the Law Commission of Ontario, although some of them are more detailed. They thus offer guidance for the development of this area of private international law.

[84] I would not include general principles or objectives of the conflicts system, such as fairness, efficiency or comity, in this list of presumptive connecting factors. These systemic values may influence the selection of factors or the application of the method of resolution of conflicts. Concerns for the objectives of the conflicts system might rule out reliance on some particular facts as connecting factors. But they should not themselves be confused with the factual connections that will govern the assumption of jurisdiction.

[85] The list of presumptive connecting factors proposed here relates to claims in tort and issues associated with such claims. It does not purport to be an inventory of connecting factors covering the

le système de droit international privé et ceux qui s'ajoutent en fonction des besoins évolutifs de celui-ci. Des considérations abstraites d'ordre, d'efficacité ou d'équité du système ne sauraient se substituer aux facteurs de rattachement qui donnent lieu à un « lien réel et substantiel » pour l'application du droit international privé.

[83] À cette étape, j'examine brièvement certains liens pouvant servir aux tribunaux de facteurs de rattachement créant une présomption. À l'instar de la Cour d'appel, j'étudie en premier lieu un certain nombre de facteurs tirés de l'art. 17.02 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Ces facteurs se rapportent à des situations où les tribunaux permettent la signification *ex juris* et ils n'ont pas été édictés en tant que règles de droit international privé. Ils expriment toutefois la sagesse et l'expérience de la vie juridique. Plusieurs d'entre eux reposent sur des faits objectifs susceptibles d'indiquer également si les tribunaux peuvent à bon droit se déclarer compétents. Ces facteurs sont généralement compatibles avec l'approche retenue dans la *LUCTRI* et avec les recommandations de la Commission du droit de l'Ontario, bien que certains soient plus détaillés. Ainsi, ils peuvent nous guider dans l'élaboration de cette partie du droit international privé.

[84] Il ne faudrait pas inclure à cette liste de facteurs de rattachement créant une présomption des principes généraux ou des objectifs du système de droit international privé comme l'équité, l'efficacité ou la courtoisie. Ces valeurs du système peuvent influencer sur la sélection des facteurs ou l'application de la méthode de règlement des conflits. Les considérations relatives aux objectifs du système de droit international privé pourraient écarter toute possibilité que l'on retienne comme facteurs de rattachement certains faits en particulier. Cependant, il faut se garder de confondre ces valeurs avec les liens factuels qui régiront la déclaration de compétence.

[85] La liste des facteurs de rattachement créant une présomption proposés ici se rapporte à des actions en responsabilité délictuelle et aux questions s'y rattachant. Elle ne se veut pas une liste

conditions for the assumption of jurisdiction over all claims known to the law.

[86] The presence of the plaintiff in the jurisdiction is not, on its own, a sufficient connecting factor. (I will not discuss its relevance or importance in the context of the forum of necessity doctrine, which is not at issue in these appeals.) Absent other considerations, the presence of the plaintiff in the jurisdiction will not create a presumptive relationship between the forum and either the subject matter of the litigation or the defendant. On the other hand, a defendant may always be sued in a court of the jurisdiction in which he or she is domiciled or resident (in the case of a legal person, the location of its head office).

[87] Carrying on business in the jurisdiction may also be considered an appropriate connecting factor. But considering it to be one may raise more difficult issues. Resolving those issues may require some caution in order to avoid creating what would amount to forms of universal jurisdiction in respect of tort claims arising out of certain categories of business or commercial activity. Active advertising in the jurisdiction or, for example, the fact that a Web site can be accessed from the jurisdiction would not suffice to establish that the defendant is carrying on business there. The notion of carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction, such as maintaining an office there or regularly visiting the territory of the particular jurisdiction. But the Court has not been asked in this appeal to decide whether and, if so, when e-trade in the jurisdiction would amount to a presence in the jurisdiction. With these reservations, “carrying on business” within the meaning of rule 17.02(p) may be an appropriate connecting factor.

[88] The *situs* of the tort is clearly an appropriate connecting factor, as can be seen from rule 17.02(g), and from the *CJPTA*, the *Civil Code of Québec* and the jurisprudence of this Court since

complète des facteurs de rattachement concernant les conditions permettant aux tribunaux de se déclarer compétents à l’égard de tous les recours connus en droit.

[86] La présence du demandeur dans le ressort n’est pas en soi un facteur de rattachement suffisant. (Je n’examinerai pas la pertinence ou l’importance de ce facteur dans le contexte de la doctrine du for de nécessité, car cette question n’a pas été soulevée dans les pourvois qui nous occupent.) À elle seule, la présence du demandeur n’établira pas entre le tribunal et l’objet du litige ou le défendeur un lien créant une présomption. Par contre, un défendeur peut toujours être poursuivi devant un tribunal du ressort dans lequel se trouve son domicile ou sa résidence (dans le cas d’une personne morale, le lieu de son siège social).

[87] On peut également considérer l’exploitation d’une entreprise dans la province comme un lien factuel adéquat. Cela peut toutefois soulever des questions plus complexes. Il faut faire preuve d’une certaine prudence au moment de résoudre ces questions, et ce, afin d’éviter de créer ce qu’on pourrait assimiler à des formes de compétence universelle applicable aux actions en matière de responsabilité délictuelle découlant de certaines catégories d’entreprises ou d’activités commerciales. Une publicité active dans le ressort ou, par exemple, l’accès que l’on y offre à un site Web, ne suffirait pas à établir que le défendeur y exploite une entreprise. La notion d’exploitation d’une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d’y tenir un bureau ou d’y effectuer régulièrement des visites. Cependant, la Cour n’est pas appelée à décider si, et, le cas échéant, à quel moment, le commerce électronique dans un ressort pourrait équivaloir à une présence dans celui-ci. Compte tenu de ces réserves, l’« exploit[ation] [d’]une entreprise » au sens de l’al. 17.02p) peut constituer un facteur de rattachement approprié.

[88] Tel qu’il appert de l’al. 17.02g), ainsi que de la *LUCTRI*, du *Code civil du Québec* et de la jurisprudence de notre Cour depuis l’arrêt *Tolofson*, le lieu du délit constitue clairement un facteur de

Tolofson. The difficulty lies in locating the *situs*, not in acknowledging the validity of this factor once the *situs* has been identified. Claims related to contracts made in Ontario would also be properly brought in the Ontario courts (rule 17.02(f)(i)).

[89] The use of damage sustained as a connecting factor may raise difficult issues. For torts like defamation, sustaining damage completes the commission of the tort and often tends to locate the tort in the jurisdiction where the damage is sustained. In other cases, the situation is less clear. The problem with accepting unreservedly that if damage is sustained at a particular place, the claim presumptively falls within the jurisdiction of the courts of the place, is that this risks sweeping into that jurisdiction claims that have only a limited relationship with the forum. An injury may happen in one place, but the pain and inconvenience resulting from it might be felt in another country and later in a third one. As a result, presumptive effect cannot be accorded to this connecting factor.

[90] To recap, in a case concerning a tort, the following factors are presumptive connecting factors that, *prima facie*, entitle a court to assume jurisdiction over a dispute:

- (a) the defendant is domiciled or resident in the province;
- (b) the defendant carries on business in the province;
- (c) the tort was committed in the province; and
- (d) a contract connected with the dispute was made in the province.

(b) *Identifying New Presumptive Connecting Factors*

[91] As I mentioned above, the list of presumptive connecting factors is not closed. Over time, courts may identify new factors which also presumptively

rattachement approprié. La difficulté consiste souvent à situer ce lieu, et non à reconnaître la validité de ce facteur une fois que le lieu a été établi. Les recours liés à des contrats conclus en Ontario pourraient également être à bon droit intentés en Ontario (sous-al. 17.02f)(i)).

[89] Le recours au préjudice en tant que facteur de rattachement peut soulever des problèmes difficiles. Dans le cas des délits comme la diffamation, la perpétration du délit est complète lorsqu'il cause un préjudice, et l'on tend souvent à situer le délit dans le ressort où le préjudice se manifeste. Dans d'autres cas, la situation est moins claire. Si l'on admet sans réserve que la manifestation du préjudice à un endroit fera présumer que le recours relève de la compétence des tribunaux de cet endroit, on risque d'assujettir à la compétence de ces tribunaux des recours n'ayant qu'un faible lien avec eux. Une personne peut être blessée dans un lieu, mais la douleur et les inconvénients en résultant peuvent bien se faire sentir dans un autre pays et, plus tard, dans un troisième pays. Par conséquent, on ne saurait attribuer l'effet d'une présomption à ce facteur de rattachement.

[90] Pour récapituler, dans une instance relative à un délit, les facteurs suivants constituent des facteurs de rattachement créant une présomption qui, à première vue, autorisent une cour à se déclarer compétente à l'égard du litige :

- a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside;
- b) le défendeur exploite une entreprise dans la province;
- c) le délit a été commis dans la province;
- d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province.

b) *Reconnaître de nouveaux facteurs de rattachement créant une présomption*

[91] Comme je l'ai indiqué, la liste des facteurs de rattachement créant une présomption n'est pas exhaustive. Au fil du temps, les tribunaux pourront

entitle a court to assume jurisdiction. In identifying new presumptive factors, a court should look to connections that give rise to a relationship with the forum that is similar in nature to the ones which result from the listed factors. Relevant considerations include:

- (a) Similarity of the connecting factor with the recognized presumptive connecting factors;
- (b) Treatment of the connecting factor in the case law;
- (c) Treatment of the connecting factor in statute law; and
- (d) Treatment of the connecting factor in the private international law of other legal systems with a shared commitment to order, fairness and comity.

[92] When a court considers whether a new connecting factor should be given presumptive effect, the values of order, fairness and comity can serve as useful analytical tools for assessing the strength of the relationship with a forum to which the factor in question points. These values underlie all presumptive connecting factors, whether listed or new. All presumptive connecting factors generally point to a relationship between the subject matter of the litigation and the forum such that it would be reasonable to expect that the defendant would be called to answer legal proceedings in that forum. Where such a relationship exists, one would generally expect Canadian courts to recognize and enforce a foreign judgment on the basis of the presumptive connecting factor in question, and foreign courts could be expected to do the same with respect to Canadian judgments. The assumption of jurisdiction would thus appear to be consistent with the principles of comity, order and fairness.

[93] If, however, no recognized presumptive connecting factor — whether listed or new — applies, the effect of the common law real and substantial

reconnaître de nouveaux facteurs créant eux aussi une présomption de compétence des tribunaux. Ce faisant, les tribunaux devraient envisager des liens qui révèlent avec le tribunal un rapport de nature semblable à ceux qui découlent des facteurs qui figurent sur la liste. Les considérations suivantes pourraient s'avérer pertinentes :

- a) la similitude du facteur de rattachement avec les facteurs de rattachement reconnus créant une présomption;
- b) le traitement du facteur de rattachement dans la jurisprudence;
- c) le traitement du facteur de rattachement dans la législation;
- d) le traitement du facteur de rattachement dans le droit international privé d'autres systèmes juridiques qui ont en commun avec le Canada les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie.

[92] Le tribunal qui envisage la possibilité de conférer à un nouveau facteur de rattachement l'effet d'une présomption peut mettre à profit les outils utiles que constituent les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie dans l'analyse de la solidité du rapport avec le tribunal révélé par ce facteur. Tous les facteurs de rattachement créant une présomption, qu'ils soient énumérés ou nouveaux, reposent sur ces valeurs. Ils révèlent généralement, entre l'objet du litige et le tribunal, un rapport tel qu'il serait raisonnable de s'attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal. En règle générale, en présence d'un tel rapport, on s'attendrait à ce que les tribunaux canadiens reconnaissent et exécutent les jugements étrangers en se fondant sur ce facteur de rattachement créant une présomption, et à ce que les tribunaux étrangers fassent de même à l'égard des décisions canadiennes. La déclaration de compétence semblerait ainsi conforme aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité.

[93] Toutefois, si aucun facteur de rattachement créant une présomption — énuméré ou nouveau — ne s'applique, le critère de common law du lien réel

connection test is that the court should not assume jurisdiction. In particular, a court should not assume jurisdiction on the basis of the combined effect of a number of non-presumptive connecting factors. That would open the door to assumptions of jurisdiction based largely on the case-by-case exercise of discretion and would undermine the objectives of order, certainty and predictability that lie at the heart of a fair and principled private international law system.

[94] Where, on the other hand, a recognized presumptive connecting factor does apply, the court should assume that it is properly seized of the subject matter of the litigation and that the defendant has been properly brought before it. In such circumstances, the court need not exercise its discretion in order to assume jurisdiction. It will have jurisdiction unless the party challenging the assumption of jurisdiction rebuts the presumption resulting from the connecting factor. I will now turn to this issue.

(c) *Rebutting the Presumption of Jurisdiction*

[95] The presumption of jurisdiction that arises where a recognized connecting factor — whether listed or new — applies is not irrebuttable. The burden of rebutting the presumption of jurisdiction rests, of course, on the party challenging the assumption of jurisdiction. That party must establish facts which demonstrate that the presumptive connecting factor does not point to any real relationship between the subject matter of the litigation and the forum or points only to a weak relationship between them.

[96] Some examples drawn from the list of presumptive connecting factors applicable in tort matters can assist in illustrating how the presumption of jurisdiction can be rebutted. For instance, where the presumptive connecting factor is a contract made in the province, the presumption can be rebutted by showing that the contract has little or nothing to do with the subject matter of the

et substantiel devrait empêcher le tribunal de se déclarer compétent. Tout particulièrement, le tribunal devrait refuser de se déclarer compétent en se fondant sur l'effet combiné de plusieurs facteurs de rattachement ne créant pas de présomption. Il évitera ainsi d'ouvrir la voie à des déclarations de compétence reposant en grande partie sur l'exercice au cas par cas du pouvoir discrétionnaire, ce qui contredirait les objectifs d'ordre, de certitude et de prévisibilité qui se situent au cœur d'un système de droit international privé équitable et fondé sur des principes.

[94] Par contre, si un facteur de rattachement reconnu créant une présomption s'applique, la cour doit supposer qu'elle est saisie à juste titre de l'objet du litige et que le défendeur a valablement été interpellé devant cette cour. Dans de telles circonstances, la cour n'a pas à exercer son pouvoir discrétionnaire pour se déclarer compétente. Elle aura compétence à moins que la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence réfute la présomption découlant du facteur de rattachement. C'est cette question que j'aborde maintenant.

c) *Réfutation de la présomption de compétence*

[95] La présomption de compétence créée lorsqu'un facteur de rattachement reconnu — énuméré ou nouveau — s'applique n'est pas irréfutable. Le fardeau de la réfuter incombe bien entendu à la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence. Cette dernière doit établir les faits démontrant que le facteur de rattachement créant une présomption ne révèle aucun rapport réel — ou ne révèle qu'un rapport ténu — entre l'objet du litige et le tribunal.

[96] Des exemples tirés de la liste des facteurs de rattachement créant une présomption applicables en matière délictuelle permettent d'illustrer la façon de réfuter cette présomption. Ainsi, lorsque le facteur de rattachement créant une présomption prend la forme d'un contrat conclu dans la province, une partie peut réfuter cette présomption en démontrant que le contrat a peu ou rien à voir

litigation. And where the presumptive connecting factor is the fact that the defendant is carrying on business in the province, the presumption can be rebutted by showing that the subject matter of the litigation is unrelated to the defendant's business activities in the province. On the other hand, where the presumptive connecting factor is the commission of a tort in the province, rebutting the presumption of jurisdiction would appear to be difficult, although it may be possible to do so in a case involving a multi-jurisdictional tort where only a relatively minor element of the tort has occurred in the province.

[97] In each of the above examples, it is arguable that the presumptive connecting factor points to a weak relationship between the forum and the subject matter of the litigation and that it would accordingly not be reasonable to expect that the defendant would be called to answer proceedings in that jurisdiction. In such circumstances, the real and substantial connection test would not be satisfied and the court would lack jurisdiction to hear the dispute.

[98] However, where the party resisting jurisdiction has failed to rebut the presumption that results from a presumptive connecting factor — listed or new — the court must acknowledge that it has jurisdiction and hold that the action is properly before it. At this point, it does not exercise its discretion to determine whether it has jurisdiction, but only to decide whether to decline to exercise its jurisdiction should *forum non conveniens* be raised by one of the parties.

[99] I should add that it is possible for a case to sound both in contract and in tort or to invoke more than one tort. Would a court be limited to hearing the specific part of the case that can be directly connected with the jurisdiction? Such a rule would breach the principles of fairness and efficiency on which the assumption of jurisdiction is based. The purpose of the conflicts rules is to establish whether a real and substantial connection exists between the forum, the subject matter of the litigation and the defendant. If such a connection exists

avec l'objet du litige. Et si le fait que le défendeur exploite une entreprise dans la province constitue le facteur de rattachement créant une présomption, celle-ci peut être réfutée par la preuve que l'objet du litige est sans rapport avec les activités commerciales du défendeur dans la province. Par ailleurs, quand la perpétration d'un délit dans la province constitue le facteur de rattachement créant une présomption, il pourrait sembler difficile de réfuter la présomption, mais elle pourrait néanmoins l'être si, dans une affaire relative à un délit commis dans des ressorts multiples, seul un élément relativement mineur du délit s'est produit dans la province.

[97] Dans chacun de ces exemples, il est possible de soutenir que le facteur de rattachement créant une présomption révèle un rapport ténu entre le tribunal et l'objet du litige et qu'il serait donc déraisonnable de s'attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal. Dans ces circonstances, il ne serait pas satisfait au critère du lien réel et substantiel, et le tribunal ne serait pas compétent pour connaître du litige.

[98] Toutefois, si la partie qui s'oppose à l'exercice de la compétence ne réussit pas à réfuter la présomption découlant d'un facteur de rattachement — énuméré ou nouveau — créant une présomption, le tribunal doit reconnaître sa compétence et le fait qu'il a été valablement saisi de l'action. À ce stade, il exerce son pouvoir discrétionnaire non pas pour décider s'il a compétence, mais uniquement pour décider s'il doit refuser de l'exercer si l'une des parties soulève la question du *forum non conveniens*.

[99] Il convient de préciser qu'un recours pourrait être fondé à la fois sur un contrat et un délit, ou sur plus d'un délit. Le tribunal devrait-il alors se limiter à n'entendre que la partie du recours pouvant se rattacher directement au ressort? Une telle règle porterait atteinte aux principes d'équité et d'efficacité qui sous-tendent la déclaration de compétence. Les règles de droit international privé visent à établir s'il existe un lien réel et substantiel entre le tribunal, l'objet du litige et le défendeur. Si l'existence d'un lien à l'égard d'une situation

in respect of a factual and legal situation, the court must assume jurisdiction over all aspects of the case. The plaintiff should not be obliged to litigate a tort claim in Manitoba and a related claim for restitution in Nova Scotia. That would be incompatible with any notion of fairness and efficiency.

[100] To recap, to meet the common law real and substantial connection test, the party arguing that the court should assume jurisdiction has the burden of identifying a presumptive connecting factor that links the subject matter of the litigation to the forum. In these reasons, I have listed some presumptive connecting factors for tort claims. This list is not exhaustive, however, and courts may, over time, identify additional presumptive factors. The presumption of jurisdiction that arises where a recognized presumptive connecting factor — whether listed or new — exists is not irrebuttable. The burden of rebutting it rests on the party challenging the assumption of jurisdiction. If the court concludes that it lacks jurisdiction because none of the presumptive connecting factors exist or because the presumption of jurisdiction that flows from one of those factors has been rebutted, it must dismiss or stay the action, subject to the possible application of the forum of necessity doctrine, which I need not address in these reasons. If jurisdiction is established, the claim may proceed, subject to the court's discretion to stay the proceedings on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. I will now turn to that issue.

(9) Doctrine of *Forum Non Conveniens* and the Exercise of Jurisdiction

[101] As I mentioned above, a clear distinction must be drawn between the existence and the exercise of jurisdiction. This distinction is central both to the resolution of issues related to jurisdiction over the claim and to the proper application of the doctrine of *forum non conveniens*. *Forum non conveniens* comes into play when jurisdiction is

factuelle et juridique a été établie, le tribunal doit se déclarer compétent relativement à tous les aspects du recours. Le demandeur ne devrait pas être tenu d'intenter une action en responsabilité délictuelle au Manitoba et une demande connexe de restitution en Nouvelle-Écosse. La création d'une telle situation ne respecterait aucun principe d'équité et d'efficacité.

[100] Pour récapituler, afin de satisfaire au critère du lien réel et substantiel de la common law, la partie qui plaide que le tribunal doit se déclarer compétent doit indiquer le facteur de rattachement créant une présomption qui lie l'objet du litige au tribunal. Dans les présents motifs, j'ai énuméré quelques facteurs de rattachement créant une présomption applicables aux actions en responsabilité délictuelle. Toutefois, la liste n'est pas exhaustive et les tribunaux pourront, au fil des ans, en reconnaître d'autres. De plus, la présomption de compétence découlant de l'existence d'un facteur de rattachement reconnu — énuméré ou nouveau — n'est pas irréfutable. Le fardeau de la réfuter incombe à la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence. Si la cour conclut qu'elle n'a pas compétence en raison de l'absence de facteurs de rattachement créant une présomption ou parce que la présomption de compétence découlant de l'un de ces facteurs est réfutée, elle doit rejeter l'action ou suspendre l'instance, à moins que ne s'applique la doctrine du for de nécessité, dont il est inutile que je traite dans ces motifs. Si la compétence est établie, l'action peut être entendue, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la cour de suspendre l'instance en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens*. C'est ce sujet que j'aborde maintenant.

(9) La doctrine du *forum non conveniens* et l'exercice de la compétence

[101] J'ai déjà fait allusion à la nécessité de conserver une nette distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence. Cette distinction constitue la clé à la fois de la résolution des problèmes liés à la compétence du tribunal sur l'action et de la bonne application de la doctrine du *forum non conveniens*. Cette doctrine entre en jeu une fois la

established. It has no relevance to the jurisdictional analysis itself.

[102] Once jurisdiction is established, if the defendant does not raise further objections, the litigation proceeds before the court of the forum. The court cannot decline to exercise its jurisdiction unless the defendant invokes *forum non conveniens*. The decision to raise this doctrine rests with the parties, not with the court seized of the claim.

[103] If a defendant raises an issue of *forum non conveniens*, the burden is on him or her to show why the court should decline to exercise its jurisdiction and displace the forum chosen by the plaintiff. The defendant must identify another forum that has an appropriate connection under the conflicts rules and that should be allowed to dispose of the action. The defendant must show, using the same analytical approach the court followed to establish the existence of a real and substantial connection with the local forum, what connections this alternative forum has with the subject matter of the litigation. Finally, the party asking for a stay on the basis of *forum non conveniens* must demonstrate why the proposed alternative forum should be preferred and considered to be more appropriate.

[104] This Court reviewed and structured the method of application of the doctrine of *forum non conveniens* in *Amchem*. It built on the existing jurisprudence, and in particular on the judgment of the House of Lords in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460. The doctrine tempers the consequences of a strict application of the rules governing the assumption of jurisdiction. As those rules are, at their core, based on establishing the existence of objective factual connections, their use by the courts might give rise to concerns about their potential rigidity and lack of consideration for the actual circumstances of the parties. When it is invoked, the doctrine of *forum non conveniens* requires a court to go beyond a strict application of the test governing the recognition and assumption of jurisdiction. It is based

compétence établie. Elle n'intervient aucunement dans l'analyse relative à l'existence de la compétence.

[102] Une fois la compétence établie, l'instance suit son cours devant le tribunal si le défendeur ne soulève pas d'autres objections. Le tribunal ne peut décliner compétence, à moins que le défendeur n'invoque le *forum non conveniens*. Il appartient aux parties, et non au tribunal saisi du recours, d'invoquer cette doctrine.

[103] Le défendeur qui soulève l'application du *forum non conveniens* a le fardeau de démontrer pourquoi le tribunal devrait décliner sa compétence et renvoyer le litige dans un ressort autre que celui que le demandeur a choisi. Le défendeur doit désigner un autre tribunal ayant des liens appropriés selon les règles du droit international privé, et indiquer que ce tribunal pourrait trancher le litige. Le défendeur doit démontrer les liens qui existent entre cet autre tribunal et l'objet du litige au moyen de la même méthode d'analyse que celle employée pour établir l'existence d'un lien réel et substantiel avec le tribunal local. Enfin, la partie qui demande une suspension d'instance pour cause de *forum non conveniens* doit alors démontrer qu'il serait préférable que l'affaire soit soumise au tribunal proposé et qu'il faut considérer que ce dernier est plus approprié.

[104] Notre Cour a examiné et structuré l'application de la doctrine du *forum non conveniens* dans l'arrêt *Amchem*. Elle s'est alors inspirée de la jurisprudence de l'époque, plus particulièrement de l'arrêt de la Chambre des lords dans *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460. La doctrine vient atténuer les effets d'une application stricte des règles régissant la déclaration de compétence. Puisque ces règles se fondent essentiellement sur l'établissement de l'existence de liens factuels objectifs, leur application par les tribunaux pourrait susciter des inquiétudes quant à leur rigidité éventuelle et au fait qu'ils ne prennent pas en compte la situation véritable des parties. Si elle est invoquée, la doctrine du *forum non conveniens* oblige le tribunal à passer outre à l'application stricte du critère régissant la reconnaissance et la

on a recognition that a common law court retains a residual power to decline to exercise its jurisdiction in appropriate, but limited, circumstances in order to assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute. The court can stay proceedings brought before it on the basis of the doctrine.

[105] A party applying for a stay on the basis of *forum non conveniens* may raise diverse facts, considerations and concerns. Despite some legislative attempts to draw up exhaustive lists, I doubt that it will ever be possible to do so. In essence, the doctrine focusses on the contexts of individual cases, and its purpose is to ensure that both parties are treated fairly and that the process for resolving their litigation is efficient. For example, s. 11(1) of the *CJPTA* provides that a court may decline to exercise its jurisdiction if, “[a]fter considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice”, it finds that a court of another state is a more appropriate forum to hear the case. Section 11(2) then provides that the court must consider the “circumstances relevant to the proceeding”. To illustrate those circumstances, it contains a non-exhaustive list of factors:

- (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum;
- (b) the law to be applied to issues in the proceeding;
- (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings;
- (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts;
- (e) the enforcement of an eventual judgment; and
- (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole. [s. 11(2)]

[106] British Columbia’s *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, which is based on the *CJPTA*, contains an identical provision — s. 11 — on

déclaration de compétence. Cette doctrine reconnaît que les tribunaux de common law conservent le pouvoir résiduel de ne pas exercer leur compétence dans des circonstances appropriées, quoique limitées, afin d’assurer l’équité envers les parties et le règlement efficace du litige. Les tribunaux peuvent, sur la base de cette doctrine, suspendre les procédures engagées devant eux.

[105] Une partie qui sollicite une suspension d’instance pour cause de *forum non conveniens* peut invoquer des faits, considérations et préoccupations divers. Je doute que l’on puisse un jour en dresser une liste exhaustive malgré les quelques tentatives en ce sens du législateur. La doctrine est axée essentiellement sur le contexte de chaque affaire, et elle vise à assurer l’équité envers les deux parties et l’efficacité de la démarche menant au règlement du litige. Par exemple, le par. 11(1) de la *LUCTRI* prévoit qu’« [a]près avoir pris en considération l’intérêt des parties à une instance et les fins de la justice », le tribunal peut refuser d’exercer sa compétence si, à son avis, il conviendrait mieux que l’instance soit instruite par un tribunal d’un autre État. Le paragraphe 11(2) prévoit ensuite que le tribunal doit prendre en considération les « circonstances pertinentes [à l’instance] ». Il dresse une liste non exhaustive de facteurs comme exemples de telles circonstances :

- a) dans quel ressort il serait plus commode et moins coûteux pour les parties à l’instance et leurs témoins d’être entendus;
- b) la loi à appliquer aux questions en litige;
- c) le fait qu’il est préférable d’éviter la multiplicité des instances judiciaires;
- d) le fait qu’il est préférable d’éviter que des décisions contradictoires soient rendues par différents tribunaux;
- e) l’exécution d’un jugement éventuel;
- f) le fonctionnement juste et efficace du système judiciaire canadien dans son ensemble. [par. 11(2)]

[106] La *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* de la Colombie-Britannique, inspirée de la *LUCTRI*, prévoit à son art. 11 une disposition

forum non conveniens. In *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22, this Court stated that s. 11 of the British Columbia statute was intended to “codify” *forum non conveniens*. Article 3135 of the *Civil Code of Québec* provides that *forum non conveniens* forms part of the private international law of Quebec, but it does not contain a description of the factors that are to govern the application of the doctrine in Quebec law. The courts are left with the tasks of developing an approach to applying it and of identifying the relevant considerations.

[107] Quebec’s courts have adopted an approach that, although basically identical to that of the common law courts, is subject to the indication in art. 3135 that *forum non conveniens* is an exceptional recourse. A good example of this can be found in the judgment of the Quebec Court of Appeal in *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001, in which an action brought in Quebec was stayed in favour of a German court on the basis of *forum non conveniens*. Pidgeon J.A. emphasized the wide-ranging and contextual nature of a *forum non conveniens* analysis. The judge might consider such factors as the domicile of the parties, the locations of witnesses and of pieces of evidence, parallel proceedings, juridical advantage, the interests of both parties and the interests of justice (pp. 7-8; see also *Spar Aerospace*, at para. 71; J. A. Talpis with the collaboration of S. L. Kath, “If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?” *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), at pp. 44-45).

[108] Regarding the burden imposed on a party asking for a stay on the basis of *forum non conveniens*, the courts have held that the party must show that the alternative forum is clearly more appropriate. The expression “clearly more appropriate” is well established. It was used in *Spiliada* and *Amchem*. On the other hand, it has not always been used consistently and does not appear in the *CJPTA* or any of the statutes based on the *CJPTA*,

quasi identique au sujet du *forum non conveniens*. Dans *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, au par. 22, notre Cour a affirmé que l’art. 11 de la loi de la Colombie-Britannique visait à « codifier » la doctrine du *forum non conveniens*. L’article 3135 du *Code civil du Québec* prévoit aussi que le *forum non conveniens* fait partie du droit international privé du Québec, mais il n’indique pas les facteurs qui doivent régir l’application de cette doctrine en droit québécois. On laisse aux tribunaux le soin d’élaborer une méthode d’application de la doctrine et de déterminer les considérations pertinentes.

[107] Les tribunaux québécois ont retenu une méthode essentiellement identique à celle employée par les tribunaux de common law, sous réserve du texte de l’art. 3135, selon lequel le *forum non conveniens* constitue un recours exceptionnel. On trouve un bon exemple d’application du *forum non conveniens* dans l’arrêt *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001, où la Cour d’appel du Québec a suspendu, pour cause de *forum non conveniens*, une action intentée dans cette province en faveur d’un tribunal allemand. Le juge Pidgeon a souligné le caractère large et contextuel de l’analyse relative au *forum non conveniens*. Le juge peut tenir compte de facteurs tels le domicile des parties, l’endroit où se trouvent les témoins et les éléments de preuve, l’existence d’un recours parallèle, l’avantage juridique, l’intérêt des deux parties et l’intérêt de la justice (p. 7 et 8; voir aussi *Spar Aerospace*, par. 71; J. A. Talpis, avec la collaboration de S. L. Kath, « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), p. 44-45).

[108] Selon la jurisprudence qui traite du fardeau imposé à la partie qui sollicite une suspension d’instance pour cause de *forum non conveniens*, la partie doit démontrer que l’autre tribunal est nettement plus approprié. L’expression « nettement plus approprié » est bien établie. Elle figure dans *Spiliada* et *Amchem*. Par contre, elle n’a pas toujours été employée invariablement et elle n’apparaît pas dans la *LUCTRI* ni dans les lois inspirées de cette dernière, qui exigent

which simply require that the party moving for a stay establish that there is a “more appropriate forum” elsewhere. Nor is this expression found in art. 3135 of the *Civil Code of Québec*, which refers instead to the exceptional nature of the power conferred on a Quebec authority to decline jurisdiction: “. . . it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction . . .”.

[109] The use of the words “clearly” and “exceptionally” should be interpreted as an acknowledgment that the normal state of affairs is that jurisdiction should be exercised once it is properly assumed. The burden is on a party who seeks to depart from this normal state of affairs to show that, in light of the characteristics of the alternative forum, it would be fairer and more efficient to do so and that the plaintiff should be denied the benefits of his or her decision to select a forum that is appropriate under the conflicts rules. The court should not exercise its discretion in favour of a stay solely because it finds, once all relevant concerns and factors are weighed, that comparable forums exist in other provinces or states. It is not a matter of flipping a coin. A court hearing an application for a stay of proceedings must find that a forum exists that is in a better position to dispose fairly and efficiently of the litigation. But the court must be mindful that jurisdiction may sometimes be established on a rather low threshold under the conflicts rules. *Forum non conveniens* may play an important role in identifying a forum that is clearly more appropriate for disposing of the litigation and thus ensuring fairness to the parties and a more efficient process for resolving their dispute.

[110] As I mentioned above, the factors that a court may consider in deciding whether to apply *forum non conveniens* may vary depending on the context and might include the locations of parties and witnesses, the cost of transferring the case to another jurisdiction or of declining the stay, the impact of a transfer on the conduct of the litigation

simplement que la partie demandant une suspension d’instance démontre l’existence quelque part d’un « tribunal plus approprié ». L’expression « nettement plus approprié » ne figure pas non plus à l’art. 3135 du *Code civil du Québec*, qui signale toutefois en ces termes le caractère exceptionnel du pouvoir d’une autorité du Québec de décliner compétence : « . . . une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d’une partie, décliner cette compétence . . . ».

[109] Il faut voir dans l’emploi des termes « nettement » et « exceptionne[1] » une reconnaissance du fait qu’en règle générale, le tribunal doit exercer sa compétence lorsqu’il se déclare à juste titre compétent. Il incombe à la partie qui veut écarter l’application de la règle générale de prouver que, compte tenu des caractéristiques de l’autre tribunal, il serait plus juste et plus efficace de refuser au demandeur les avantages liés à sa décision de choisir un tribunal approprié suivant les règles de droit international privé. Le tribunal ne peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, suspendre l’instance uniquement parce qu’il conclut, après avoir examiné toutes les considérations et tous les facteurs pertinents, à l’existence de tribunaux comparables dans d’autres provinces ou États. Il ne s’agit pas de jouer à pile ou face. Un tribunal saisi d’une demande de suspension d’instance doit conclure qu’il existe un tribunal mieux à même de trancher le litige de façon équitable et efficace. Le tribunal doit cependant garder à l’esprit que sa compétence, établie en application des règles de droit international privé, peut parfois être fonction d’une norme peu rigoureuse. Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* peut jouer un rôle important dans la recherche d’un tribunal nettement plus approprié pour trancher le litige et pour assurer ainsi l’équité envers les parties et leur permettre de résoudre plus efficacement leur conflit.

[110] Je tiens à répéter que les facteurs dont le tribunal peut tenir compte dans sa décision d’appliquer la doctrine du *forum non conveniens* sont susceptibles de varier selon le contexte. Ils peuvent inclure, par exemple, l’endroit où se trouvent les parties et les témoins, les frais occasionnés par le renvoi de l’affaire à une autre juridiction ou par

or on related or parallel proceedings, the possibility of conflicting judgments, problems related to the recognition and enforcement of judgments, and the relative strengths of the connections of the two parties.

[111] Loss of juridical advantage is a difficulty that could arise should the action be stayed in favour of a court of another province or country. This difficulty is aggravated by the possible conflation of two different issues: the impact of the procedural rules governing the conduct of the trial, and the proper substantive law for the legal situation, that is, in the context of these two appeals, the proper law of the tort. In considering the question of juridical advantage, a court may be too quick to assume that the proper law naturally flows from the assumption of jurisdiction. However, the governing law of the tort is not necessarily the domestic law of the forum. This may be so in many cases, but not always. In any event, if parties plead the foreign law, the court may well need to consider the issue and determine whether it should apply that law once it is proved. Even if the jurisdictional analysis leads to the conclusion that courts in different states might properly entertain an action, the same substantive law may apply, at least in theory, wherever the case is heard.

[112] A further issue that does not arise in these appeals is whether it is legitimate to use this factor of loss of juridical advantage within the Canadian federation. To use it too extensively in the *forum non conveniens* analysis might be inconsistent with the spirit and intent of *Morguard* and *Hunt*, as the Court sought in those cases to establish comity and a strong attitude of respect in relations between the different provinces, courts and legal systems of Canada. Differences should not be viewed instinctively as signs of disadvantage or inferiority. This factor obviously becomes more relevant where foreign countries are involved, but even then, comity and an attitude of respect for the courts and legal systems of other countries, many of which have the

le refus de suspendre l'instance, les répercussions du changement de juridiction sur le déroulement du litige ou sur des procédures connexes ou parallèles, le risque de décisions contradictoires, les problèmes liés à la reconnaissance et à l'exécution des jugements ou la solidité relative des liens avec les deux parties.

[111] La perte de l'avantage juridique peut poser une difficulté si l'action est suspendue et renvoyée dans une autre province ou un autre pays. La difficulté est exacerbée par la possibilité que l'on confonde deux questions distinctes : l'effet des règles de procédure qui régissent la conduite du procès, et le droit substantiel applicable à la situation juridique, soit, dans les deux pourvois en l'espèce, le droit applicable au délit. Lorsqu'il examine l'avantage juridique, le tribunal peut supposer trop rapidement que le droit applicable découle naturellement de la déclaration de compétence. Toutefois, le droit applicable au délit n'est pas nécessairement le droit interne du tribunal. Il en est peut-être ainsi dans bien des cas, mais pas toujours. Quoiqu'il en soit, si les parties invoquent le droit étranger, le tribunal peut fort bien être tenu d'étudier la question et de décider s'il doit appliquer le droit étranger une fois celui-ci établi. Même si l'analyse relative à la compétence permet de conclure que des tribunaux de différents États peuvent être saisis à juste titre d'un recours, il peut arriver que le même droit substantiel s'applique, du moins en principe, quel que soit l'endroit où l'affaire est entendue.

[112] Une autre difficulté, qui ne se pose pas dans ces pourvois, concerne le caractère légitime de l'utilisation de ce facteur de la perte de l'avantage juridique au sein de la fédération canadienne. Il se peut qu'une utilisation trop large de ce facteur dans l'analyse relative au *forum non conveniens* soit contraire à l'esprit et à l'objet des arrêts *Morguard* et *Hunt*, dans lesquels la Cour a voulu instaurer la courtoisie et une attitude de grand respect entre les provinces, les tribunaux et les systèmes juridiques du Canada. Il ne faut pas considérer instinctivement les différences comme des signes de désavantage ou d'infériorité. Ce facteur devient de toute évidence plus pertinent si des pays étrangers sont en cause, mais même dans de tels cas, la courtoisie et le respect envers les

same basic values as us, may be in order. In the end, the court must engage in a contextual analysis, but refrain from leaning too instinctively in favour of its own jurisdiction. At this point, the decision falls within the reasoned discretion of the trial court. The exercise of discretion will be entitled to deference from higher courts, absent an error of law or a clear and serious error in the determination of relevant facts, which, as I emphasized above, takes place at an interlocutory or preliminary stage. I will now consider whether the Ontario courts properly assumed jurisdiction in these cases and, if so, whether they should have declined to exercise it on the basis of *forum non conveniens*.

(10) Application

[113] Before discussing the outcomes in the two appeals, I must note that the evidence was not the same in *Van Breda* and *Charron*, although they did raise similar legal issues and their factual matrices were the same in important aspects. The Court of Appeal rightly observed that the evidence about Club Resorts' activities in Ontario was not identical in the two cases. In particular, the plaintiffs in *Charron*, unlike the plaintiffs in *Van Breda*, asserted that the SuperClubs group of companies, to which the appellant Club Resorts belonged, maintained an office near Toronto and that Club Resorts had availed itself of that office's services. They also relied on the fact that representatives of Club Resorts had travelled to Ontario to promote their business. Moreover, it is important to note that in considering the decisions of the courts below, this Court must show deference to the findings of fact of the judges of the Superior Court of Justice.

(a) *Van Breda*

[114] In *Van Breda*, there is little evidence about the existence of sufficient factual connections.

tribunaux et les systèmes juridiques d'autres pays, dont bon nombre partagent les mêmes valeurs fondamentales que le Canada, peuvent toujours être de mise. En définitive, le tribunal doit procéder à une analyse contextuelle tout en évitant de pencher trop instinctivement en faveur de sa propre compétence. La décision relève à ce stade du pouvoir discrétionnaire raisonné du tribunal de première instance. En l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et grave dans l'établissement des faits pertinents commise, je l'ai déjà signalé, à un stade interlocutoire ou préliminaire, les juridictions supérieures feront preuve de déférence à l'égard de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Je vais maintenant examiner si les tribunaux ontariens se sont déclarés à bon droit compétents dans ces affaires et, dans l'affirmative, s'ils auraient dû refuser d'exercer cette compétence pour cause de *forum non conveniens*.

(10) Application

[113] Avant d'examiner les décisions à prendre dans ces deux pourvois, je dois signaler que les éléments de preuve présentés dans *Van Breda* et dans *Charron* diffèrent, même si ces affaires soulèvent des questions de droit semblables et si leur cadre factuel est le même sous bien des aspects importants. En effet, la Cour d'appel de l'Ontario a fait remarquer à juste titre que la preuve relative aux activités exercées par Club Resorts en Ontario n'était pas identique dans les deux affaires. Plus particulièrement, les demandeurs dans *Charron*, contrairement à ceux dans *Van Breda*, ont plaidé que le groupe de sociétés SuperClubs dont faisait partie l'appelante Club Resorts tenait un bureau près de Toronto, et que Club Resorts avait fait appel aux services de ce bureau. Ils ont aussi invoqué que des représentants de Club Resorts s'étaient rendus en Ontario pour promouvoir leur entreprise. En outre, il importe de signaler que dans l'examen des décisions des juridictions inférieures, notre Cour doit faire preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge de la Cour supérieure de justice.

a) *L'affaire Van Breda*

[114] Dans l'affaire *Van Breda*, la preuve de l'existence de liens factuels semble plutôt mince.

Ms. Van Breda's accident and physical injuries happened in Cuba. Mr. Berg and Ms. Van Breda were living in Ontario at the time of their trip. After the accident, however, they did not return to Ontario, as they moved first to Calgary and later to British Columbia, where they were living when they brought their action. Ms. Van Breda's damage, pain and suffering have happened mostly in British Columbia, like most of the treatments she has received. In addition, the evidence is essentially silent about Club Resorts' activities in Ontario, except on one point which I will address below. Moreover, I do not accept that evidence of advertising in Ontario would be enough to establish a connection. Advertising is often international, if not global. It is ubiquitous, crossing borders with ease. It does not, on its own, establish a connection between the claim and the forum. If advertising sufficed to create a connection with a forum, commercial organizations of a certain size could be sued in courts everywhere and anywhere in the world. The courts of a victim's place of residence would possess an almost universal jurisdiction over diverse and vast classes of consumer claims.

[115] The motion judge and the Court of Appeal concluded, however, that a sufficient connection between the claim and the province arose out of the contractual relationship created between Mr. Berg and Club Resorts through the defendant Denis. Mr. Denis, who operated a specialized travel agency known as Sport au Soleil, had an agreement with Club Resorts under which he found tennis and squash professionals and sent them to Club Resorts hotels. In exchange for bed and board at a resort, each professional would give a few hours of instruction to guests of the hotel during his or her stay. It appears that Mr. Denis received some form of compensation from Club Resorts.

[116] I find no reviewable error in the findings that Mr. Denis had the authority to represent Club Resorts and that a contract existed under which Mr. Berg was to provide services to Club Resorts.

C'est à Cuba que l'accident s'est produit et que M^{me} Van Breda a subi ses blessures. Elle et M. Berg vivaient en Ontario au moment de ce voyage. Ils ne sont toutefois pas revenus en Ontario après l'accident. Ils ont d'abord déménagé à Calgary, et plus tard en Colombie-Britannique, où ils habitaient au moment d'intenter leur action. C'est principalement en Colombie-Britannique que M^{me} Van Breda a subi un préjudice et ressenti des souffrances et des douleurs, et c'est là principalement que les soins lui ont été dispensés. De plus, la preuve est essentiellement muette au sujet des activités auxquelles se livrait Club Resorts en Ontario, sauf sur un point que j'aborderai plus loin. Qui plus est, la preuve de la publicité faite en Ontario ne suffit pas, selon moi, pour établir un lien. La publicité prend souvent une dimension internationale. Elle est omniprésente, franchissant facilement les frontières. À elle seule, elle n'établit pas un lien entre l'action et le tribunal. Si la publicité suffisait pour créer un lien avec un tribunal, les organisations commerciales d'une certaine taille pourraient être poursuivies en justice à peu près partout dans le monde. Les tribunaux du lieu de résidence d'une victime possèderaient alors une compétence presque universelle à l'égard de catégories de litiges de consommation vastes et variées.

[115] Le juge saisi de la motion et la Cour d'appel ont toutefois conclu que la relation contractuelle qui s'est tissée entre M. Berg et Club Resorts par l'entremise du défendeur M. Denis a créé un lien suffisant entre l'action et la province. M. Denis, qui exploitait une agence de voyage spécialisée sous le nom de Sport au Soleil, avait conclu avec Club Resorts une entente suivant laquelle il a trouvé des instructeurs de tennis et de squash et les a envoyés aux hôtels Club Resorts. Moyennant l'hébergement et la nourriture, chaque instructeur devait donner quelques heures de cours à des clients de l'hôtel durant son séjour. Il semble que M. Denis ait reçu de Club Resorts une quelconque forme de rémunération.

[116] Je ne trouve pas d'erreur susceptible de révision dans la conclusion que M. Denis pouvait représenter Club Resorts et qu'il existait un contrat aux termes duquel M. Berg devait fournir des

The benefit of this contract, accommodation at the resort, was extended to Ms. Van Breda, who was injured while there in the context of Mr. Berg's performance of his contractual obligation. Deference is owed to the motion judge's findings. No palpable and overriding error has been established. A contract was entered into in Ontario and a relationship was thus created in Ontario between Mr. Berg, Club Resorts and Ms. Van Breda, who was brought within the scope of this relationship by the terms of the contract.

[117] The existence of a contract made in Ontario that is connected with the litigation is a presumptive connecting factor that, on its face, entitles the courts of Ontario to assume jurisdiction in this case. The events that gave rise to the claim flowed from the relationship created by the contract. Club Resorts has failed to rebut the presumption of jurisdiction that arises where this factor applies. On this basis, I would uphold the Court of Appeal's conclusion that there was a sufficient connection between the Ontario court and the subject matter of the litigation.

[118] Whether the Superior Court of Justice should have declined jurisdiction on the basis of the doctrine of *forum non conveniens* remains to be determined. Club Resorts had the burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. I recognize that a sufficient connection exists between Cuba and the subject matter of the litigation to support an action there. The accident happened on a Cuban beach, at a hotel managed by Club Resorts. The initial injury was suffered there. Some of the potential defendants reside in Cuba. However, other issues related to fairness to the parties and to the efficient disposition of the claim must be considered. A trial held in Cuba would present serious challenges to the parties. There may be problems with witnesses, concerns about the application of local procedures, and expenses linked to litigating there. All things considered, the burden on the plaintiffs clearly would be far heavier if they were required to bring their action in Cuba. They would face substantial additional expenses and would be at a clear disadvantage relative to the defendants. They might

services à Club Resorts. M^{me} Van Breda, qui a été blessée au centre de villégiature alors que M. Berg s'acquittait de ses obligations contractuelles, bénéficiait elle aussi, aux termes du contrat, de l'hébergement à ce centre. Il faut faire preuve de déférence envers les conclusions du juge saisi de la motion. Aucune erreur manifeste et dominante n'a été établie. La signature d'un contrat en Ontario a noué des rapports entre M. Berg, Club Resorts et M^{me} Van Breda, qui était incluse dans ces rapports aux termes du contrat.

[117] L'existence d'un contrat conclu en Ontario et lié au litige constitue un facteur de rattachement créant une présomption qui, de prime abord, autorise les tribunaux ontariens à se déclarer compétents en l'espèce. Les faits à l'origine du recours découlaient des rapports créés par le contrat. Club Resorts n'a pas réfuté la présomption de compétence qu'établit l'application de ce facteur. Pour cette raison, je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel qu'il existait un lien suffisant entre le tribunal ontarien et l'objet du litige.

[118] Il reste à trancher la question de savoir si la Cour supérieure de justice aurait dû décliner compétence selon la doctrine du *forum non conveniens*. Club Resorts avait le fardeau de démontrer qu'un tribunal cubain serait nettement un ressort plus approprié. Je reconnais qu'il existe entre Cuba et l'objet du litige des liens suffisants justifiant l'instruction du litige à Cuba. L'accident s'est produit à Cuba, sur la plage d'un hôtel géré par Club Resorts. M^{me} Van Breda a été blessée à cet endroit. Certains des défendeurs éventuels résident à Cuba. Il faut cependant tenir compte d'autres questions relatives à l'équité envers les parties et au règlement de l'action d'une manière efficace. Un procès à Cuba présenterait de sérieux défis pour les parties. Il pourrait soulever des problèmes en ce qui concerne les témoins ainsi que des craintes au sujet de l'application des procédures locales et des dépenses associées à l'instruction du litige. Tout bien considéré, les intimés auraient manifestement à supporter un fardeau beaucoup plus lourd s'ils devaient intenter leur recours à Cuba. Ils devraient alors engager des dépenses supplémentaires considérables et

also suffer a loss of juridical advantage. But on this point the evidence is far from clear and satisfactory. In the end, the appellant has not shown that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. I agree that the motion judge made no reviewable error in deciding not to decline to exercise his jurisdiction, and I would affirm the Court of Appeal's judgment dismissing the appeal from that decision.

(b) *Charron*

[119] In *Charron*, the existence of a sufficient connection with the Ontario court was hotly disputed. As in *Van Breda*, the accident itself happened in Cuba. On the other hand, Mrs. Charron returned to Ontario after her husband's death and continued to reside in that province. The damage claimed by the respondents was sustained largely in Ontario. But these facts do not constitute presumptive connecting factors and do not support the assumption of jurisdiction on the basis of the real and substantial connection test.

[120] However, the evidence does support the presumptive connecting factor of carrying on business in the jurisdiction. The Superior Court of Justice assumed jurisdiction, and the Court of Appeal upheld its decision, mainly on the basis of an active commercial presence in Ontario that was not limited to advertising campaigns targeting the Ontario market. In the opinion of the courts below, Club Resorts had an active presence in Ontario even though its corporate head office was not in that province. Its presence was not limited to advertising activities or to contacts with travel package wholesalers or travel agents. The courts below concluded that the appellant had engaged in significant commercial activities in Ontario, especially through the office of the SuperClubs group, before the Charrons booked their holiday. The booking resulted at least in part from those activities in Ontario. After reviewing the evidence, Sharpe J.A. wrote the following for the Court of Appeal in respect of this factor:

accuseraient un net désavantage par rapport aux défendeurs. Ils pourraient aussi perdre un avantage juridique, mais la preuve produite à ce sujet est loin d'être claire et satisfaisante. En définitive, l'appelante n'a pas démontré qu'un tribunal cubain serait nettement un tribunal plus approprié. J'estime que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur justifiant une révision en décidant de ne pas décliner compétence et je suis d'avis de confirmer le rejet de l'appel de cette décision.

b) *L'affaire Charron*

[119] L'existence d'un lien suffisant avec le tribunal ontarien a été vivement débattue dans l'affaire *Charron*. À l'instar de l'affaire *Van Breda*, l'accident lui-même s'est produit à Cuba. Par contre, M^{me} Charron est revenue en Ontario après la mort de son mari et a continué d'y résider. Le préjudice allégué par les intimés a été subi en grande partie en Ontario. Toutefois, ces faits ne constituent pas des facteurs de rattachement créant une présomption et ne permettent pas au tribunal de se déclarer compétent en vertu du critère du lien réel et substantiel.

[120] Cependant, selon la preuve, l'appelante exploitait une entreprise dans le ressort et il s'agit là d'un facteur de rattachement créant une présomption de compétence. La Cour supérieure de justice s'est déclarée compétente, et la cour d'appel a confirmé sa décision, surtout en raison d'une présence commerciale active en Ontario qui ne se limitait pas à des campagnes de publicité ciblant le marché ontarien. De l'avis des juridictions inférieures, Club Resorts était très présente en Ontario même si son siège social ne se trouvait pas dans cette province. Elle ne se contentait pas d'y faire de la publicité ou de communiquer avec les grossistes en forfaits voyage ou les agents de voyage. Les juridictions inférieures ont conclu que l'appelante s'était livrée à des activités commerciales de grande envergure en Ontario, particulièrement par l'entremise du groupe SuperClubs, avant que la famille Charron ne fasse sa réservation. La réservation résultait, du moins en partie, de l'exercice des activités susmentionnées en Ontario. Après examen de la preuve, le juge Sharpe, au nom de la Cour d'appel, a affirmé ce qui suit relativement à ce facteur :

The record reveals that CRL [Club Resorts Ltd.] was directly involved in activity in Ontario to solicit business for the resort. Unlike the defendants in *Leufkens*, *Lemmex* and *Sinclair*, CRL did not confine its activities to its home jurisdiction:

- pursuant to its contract with the Cuban hotel owner, CRL was required to and did promote and advertise the resort using the “SuperClubs” brand in Canada;
- CRL relies on maintaining a high profile for the SuperClubs brand in Ontario as residents of Canada and Ontario represent a high proportion of CRL’s target market;
- CRL was licenced to use the “SuperClubs” label and itself “created” the “SuperClubs Cuba” label and used these labels to market the resort in Ontario;
- CRL’s witness Abe Moore agreed on cross-examination:
 - “that CRL was in the business of carrying out activities in countries such as Canada to generate paying guests of the resort”;
 - that to do so CRL had to “either directly or engage others to undertake the activity of solicitation, promotion and advertising” in Canada;
 - that CRL ensured that it had relationships with others to do so in Ontario to satisfy its contractual obligation to promote the resort;
- CRL representatives regularly travel to Ontario to further CRL’s promotional activity;
- CRL arranged for the preparation and distribution of promotional materials in Ontario; and
- as outlined in the following paragraph, CRL benefited from an office in Ontario that provided information and engaged in the promotion of the SuperClubs brand.

. . .

In my view, one can fairly infer from this body of evidence that although CRL itself maintained no office

[TRADUCTION] Il ressort du dossier que CRL [Club Resorts Ltd.] participait directement en Ontario aux activités de recherche de clients pour le centre de villégiature. Contrairement aux défendeurs dans les affaires *Leufkens*, *Lemmex* et *Sinclair*, CRL n’exerçait pas ses activités uniquement à Cuba :

- aux termes du contrat conclu avec le propriétaire de l’hôtel cubain, CRL était tenue de promouvoir le centre de villégiature en employant la marque « SuperClubs » au Canada, ce qu’elle a fait;
- CRL voit à ce que la marque SuperClubs reste bien en vue en Ontario, car les résidents canadiens et ontariens représentent une part importante du marché ciblé par CRL;
- CRL était autorisée à utiliser la marque « SuperClubs » et elle a elle-même créé la marque « SuperClubs Cuba », deux marques dont elle s’est servie pour promouvoir le centre de villégiature en Ontario;
- le témoin de CRL, Abe Moore, a reconnu ce qui suit en contre-interrogatoire :
 - « que CRL se livrait à des activités dans des pays comme le Canada en vue de gagner des clients pour le centre de villégiature »;
 - que, pour ce faire, CRL devait « elle-même ou par d’autres personnes, se livrer à la sollicitation, à la promotion et à la publicité » au Canada;
 - que CRL a veillé à nouer des rapports avec d’autres personnes à cette fin en Ontario pour remplir son obligation contractuelle de promouvoir le centre de villégiature;
- des représentants de CRL se rendent régulièrement en Ontario afin de poursuivre la promotion faite par CRL;
- CRL a pris des dispositions en vue de la préparation et la diffusion de documents promotionnels en Ontario;
- comme l’indique le paragraphe suivant, CRL disposait, en Ontario, d’un bureau qui fournissait des renseignements et faisait la promotion de la marque SuperClubs.

. . .

À mon avis, on peut déduire à juste titre de cet ensemble d’éléments de preuve que, même si CRL

in Ontario, CRL is implicated in and benefits from the physical presence in Ontario of an office and contact person held out to the public as representing the same “SuperClubs” brand CRL uses to carry on its business of promoting and operating the resort. [paras. 117 and 119]

[121] The Superior Court of Justice considered this evidence at a preliminary stage on the basis of the parties’ pleadings. The nature and weight of this evidence has been challenged in this Court. But the courts below made findings about its content and about what it meant. The appellant has not demonstrated that the motion judge made any reviewable errors, and deference must be shown to his findings of fact.

[122] Although whether this factor applies was a very hard fought issue in these appeals, the motion judge’s findings of fact lead to the conclusion that Club Resorts was carrying on business in Ontario. Club Resorts’ commercial activities in Ontario went well beyond promoting a brand and advertising. Its representatives were in the province on a regular basis. It benefited from the physical presence of an office in Ontario. Most significantly, on cross-examination Club Resorts’ witness admitted that it was in the business of carrying out activities in Canada. Together, these facts support the conclusion that Club Resorts was carrying on business in Ontario. It follows that the respondents have established that a presumptive connecting factor applies and that the Ontario court is *prima facie* entitled to assume jurisdiction.

[123] Club Resorts has not rebutted the presumption of jurisdiction that arises from this presumptive connecting factor. Its business activities in Ontario were specifically directed at attracting residents of the province, including the Charron family, to stay as paying guests at the resort in Cuba where the accident occurred. It cannot be said that the claim here is unrelated to Club Resorts’ business activities in the province. Accordingly, I find that the

elle-même ne tenait pas de bureau en Ontario, elle peut avantageusement compter sur la présence, en Ontario, d’un bureau et d’une personne-ressource que l’on présente au public comme représentant la même marque « SuperClubs » dont se sert CRL pour promouvoir et exploiter le centre de villégiature. [par. 117 et 119]

[121] La Cour supérieure de justice a pris en considération ces éléments de preuve à un stade préliminaire, en se fondant sur les actes de procédure des parties. La nature et la force probante de ces éléments de preuve ont été contestées devant la Cour. Toutefois, les juridictions inférieures ont tiré des conclusions au sujet du contenu de ces éléments de preuve et de ce qu’ils établissent. L’appelante n’a pas démontré que le juge saisi de la motion avait commis des erreurs susceptibles de révision, et il faut faire preuve de déférence à l’égard de ses conclusions de fait.

[122] Bien que la question de savoir si ce facteur s’applique ait été âprement débattue dans les présents pourvois, les constatations de fait du juge saisi de la motion permettent de conclure que Club Resorts exploitait une entreprise en Ontario. Les activités commerciales auxquelles se livrait cette société dans cette province allaient bien au-delà de la promotion d’une marque et de la publicité. Ses représentants se trouvaient régulièrement dans la province et elle tirait avantage de la présence d’un bureau en Ontario. Bien plus, des témoins de Club Resorts ont admis en contre-interrogatoire qu’elle se livrait à des activités au Canada. Considérés ensemble, ces faits permettent de conclure que Club Resorts exploitait une entreprise en Ontario. Par conséquent, les intimés ont établi l’application d’un facteur de rapprochement créant une présomption et le tribunal ontarien peut à première vue se déclarer compétent.

[123] Club Resorts n’a pas réfuté la présomption de compétence à laquelle donne naissance ce facteur de rattachement. Ses activités commerciales en Ontario visaient précisément à gagner des clients dans la province, dont la famille Charron, pour son centre de villégiature à Cuba où l’accident s’est produit. On ne peut prétendre que ce litige n’est pas lié aux activités commerciales de Club Resorts dans la province. Par conséquent, je conclus que le tribunal

Ontario court has jurisdiction on the basis of the real and substantial connection test.

[124] I also find that the motion judge made no error in declining to stay the proceedings on the basis of *forum non conveniens*. Club Resorts failed to discharge its burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum in the circumstances of this case. Considerations of fairness to the parties weigh heavily in the respondents' favour. The inconvenience to the individual plaintiffs of transferring the litigation is greater than the inconvenience to the corporate defendant of not doing so. On the question of juridical advantage, I refer to my comments about *Van Breda*. I would add that keeping the case in the Ontario courts will probably avert a situation in which the proceedings against the various defendants are split.

IV. Conclusion

[125] For these reasons, I would dismiss Club Resorts' appeals with costs to the respondents other than Bel Air Travel Group Ltd. and Hola Sun Holidays Limited.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant (33692): Beard Winter, Toronto.

Solicitors for the respondents Morgan Van Breda et al. (33692): Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the appellant (33606): Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the respondents Anna Charron et al. (33606): Adair Morse, Toronto.

Solicitors for the respondent Bel Air Travel Group Ltd. (33606): McCague Borlack, Toronto.

Solicitors for the respondent Hola Sun Holidays Limited (33606): Buie Cohen, Toronto.

ontarien est compétent suivant le critère du lien réel et substantiel.

[124] J'estime aussi que le juge saisi de la motion n'a pas refusé à tort de suspendre l'instance pour cause de *forum non conveniens*. Club Resorts ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'il serait nettement plus approprié que le litige soit instruit à Cuba dans les circonstances. L'équité envers les parties fait pencher lourdement la balance en faveur des intimés. Changer le lieu de l'instruction causerait aux demandeurs personnellement des inconvénients plus importants que ceux que subirait la société défenderesse en Ontario. Quant à l'avantage juridique, je renvoie à mes observations au sujet de l'affaire *Van Breda*. J'ajoute qu'entendre l'affaire en Ontario permettra probablement d'éviter la séparation des poursuites engagées contre les différents défendeurs.

IV. Conclusion

[125] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter les pourvois formés par Club Resorts, avec dépens en faveur des intimés sauf Bel Air Travel Group Ltd. et Hola Sun Holidays Limited.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante (33692): Beard Winter, Toronto.

Procureurs des intimés Morgan Van Breda et autres (33692): Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'appelante (33606): Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs des intimés Anna Charron et autres (33606): Adair Morse, Toronto.

Procureurs de l'intimée Bel Air Travel Group Ltd. (33606): McCague Borlack, Toronto.

Procureurs de l'intimée Hola Sun Holidays Limited (33606): Buie Cohen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Tourism Industry Association of Ontario (33606 and 33692): Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners Amnesty International, the Canadian Centre for International Justice and Canadian Lawyers for International Human Rights (33606 and 33692): Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association (33606 and 33692): Allan Rouben, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Tourism Industry Association of Ontario (33606 et 33692) : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenants Amnistie internationale, le Centre canadien pour la justice internationale et Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde (33606 et 33692) : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association (33606 et 33692) : Allan Rouben, Toronto.

**Les Éditions Écosociété Inc.,
Alain Deneault, Delphine Abadie and
William Sacher** *Appellants*

v.

Banro Corporation *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association
and British Columbia Civil Liberties
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ÉDITIONS ÉCOSOCIÉTÉ INC. v.
BANRO CORP.**

2012 SCC 18

File No.: 33819.

2011: March 25; 2012: April 18.

Present: McLachlin C.J. and Binnie,* LeBel,
Deschamps, Fish, Abella, Charron,* Rothstein and
Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel action commenced in Ontario in respect of statements contained in book published in French by Quebec publisher — Defendants bringing motion to stay action on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over action — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of action.

B, an Ontario-based corporation engaged in the exploration and development of gold properties in the Democratic Republic of the Congo, brought an action in Ontario against the publisher, author, researchers

* Binnie and Charron JJ. took no part in the judgment.

**Les Éditions Écosociété Inc.,
Alain Deneault, Delphine Abadie et
William Sacher** *Appellants*

c.

Banro Corporation *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés civiles
et Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : ÉDITIONS ÉCOSOCIÉTÉ INC. c.
BANRO CORP.**

2012 CSC 18

N° du greffe : 33819.

2011 : 25 mars; 2012 : 18 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie*, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron*, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Action en diffamation intentée en Ontario relativement à des propos figurant dans un livre publié en français par un éditeur québécois — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard de l'action? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire l'action?

B, une société qui a son siège en Ontario et qui exerce des activités d'exploration et d'exploitation de gisements aurifères dans la République démocratique du Congo, a intenté en Ontario une action en justice contre

* Les juges Binnie et Charron n'ont pas participé au jugement.

and editors of a book entitled *Noir Canada: Pillage, corruption et criminalité en Afrique*. B alleges that the book's content is libellous and that the book accuses it of committing human rights violations and fraud to further its financial interests in Africa. The publisher is a corporation based in Quebec, where the author, researchers and editors work and reside. Two French editions of the book have been printed, totalling nearly 5,000 copies, of which 93 were distributed in bookstores in Ontario. A number of copies are available in Ontario public libraries, and the book is available for purchase on the publisher's website.

The appellants brought a motion to stay the action, submitting that there was no real and substantial connection between the subject-matter of the action and Ontario, and that the Ontario court was not the convenient forum for the action. The motion judge dismissed the motion, ruling that the Ontario court did have jurisdiction, owing to a real and substantial connection between the forum and the action. She also dismissed the motion on the grounds of *forum non conveniens*, as in her view the appellants had not met the onus of showing that a Quebec court was the more convenient forum. The Court of Appeal endorsed the motion judge's order and reasons.

Held: The appeal should be dismissed.

The analytical framework for assuming jurisdiction under the common law real and substantial connection test and the proper approach to the application of the doctrine of *forum non conveniens* were set out in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572. When the analytical framework for assumption of jurisdiction is applied here, it is clear that there is a real and substantial connection between B's claim and Ontario. The alleged tort of defamation occurred in Ontario, as the book was distributed in Ontario. At this stage of the proceedings, a plaintiff need not show evidence of harm or that the book was read; he or she need only allege publication and its allegations should be accepted as pleaded unless contradicted by evidence adduced by the defendant. The commission of a tort in Ontario is a recognized presumptive connecting factor that *prima facie* entitles the Ontario court to assume jurisdiction over the dispute. As the appellants in this case have not shown that only a minor element of the tort of defamation occurred in Ontario, they have not displaced the presumption of jurisdiction that arises. Accordingly, the motion judge correctly assumed jurisdiction.

l'éditeur, l'auteur, les recherchistes et les rédacteurs d'un livre intitulé *Noir Canada : Pillage, corruption et criminalité en Afrique*. B prétend que le contenu du livre est diffamatoire et que le livre l'accuse de violation des droits de la personne et de fraude dans le but de favoriser ses intérêts financiers en Afrique. L'éditeur est une société ayant son siège au Québec, où l'auteur, les recherchistes et les rédacteurs vivent et travaillent. Deux tirages en français ont été publiés, pour un total de près de 5 000 exemplaires, dont 93 ont été distribués dans des librairies en Ontario. Un certain nombre d'exemplaires se trouvent dans des bibliothèques publiques en Ontario et le livre est en vente sur le site Web de l'éditeur.

Les appelants ont demandé la suspension de l'instance, car ils prétendent qu'aucun lien réel et substantiel ne relie l'objet de l'action et l'Ontario et que l'Ontario n'est pas le ressort approprié pour instruire l'action. La juge saisie de la motion a rejeté la motion, statuant que le tribunal ontarien avait compétence en raison d'un lien réel et substantiel existant entre le ressort et l'action. Elle a également rejeté la motion fondée sur le *forum non conveniens* car, selon elle, les appelants ne s'étaient pas acquittés du fardeau de démontrer qu'un tribunal du Québec constituait un ressort plus approprié. La Cour d'appel a souscrit à l'ordonnance et aux motifs de la juge saisie de la motion.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Dans l'arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, notre Cour a exposé le cadre analytique qui devrait régir la déclaration de compétence suivant le critère du lien réel et substantiel établi en common law, ainsi que la façon dont il convient d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens*. L'application de ce cadre analytique en l'espèce permet clairement d'établir l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'action de B et l'Ontario. Le délit de diffamation allégué a eu lieu en Ontario puisque le livre a été distribué en Ontario. À cette étape de l'instance, un demandeur n'a pas à démontrer qu'il y a eu préjudice ou que le livre a été lu; il n'a qu'à invoquer la diffusion du livre et ses allégations ne devraient pas être mises en doute à moins que le défendeur présente des éléments de preuve au contraire. La perpétration d'un délit en Ontario est reconnue comme facteur de rattachement créant une présomption de compétence *prima facie* du tribunal ontarien à l'égard du litige. Comme les appelants n'ont pas établi que seul un élément mineur du délit de diffamation s'est produit en Ontario, ils n'ont pas réfuté la présomption de compétence applicable en l'espèce. En conséquence, la juge saisie de la motion s'est à bon droit déclarée compétente.

With respect to the doctrine of *forum non conveniens*, its application is an exercise of discretion reviewable in accordance with the principle of deference to discretionary decisions: an appeal court should intervene only if the motion judge erred in principle, misapprehended or failed to take account of material evidence, or reached an unreasonable decision. Various factors may be considered in a *forum non conveniens* analysis. In addition to the cost of the proceeding and the avoidance of a multiplicity of proceedings, one of the factors that must be considered in the *forum non conveniens* analysis is the law applicable to the tort. As the elements of a tort such as defamation potentially vary from one jurisdiction to another, a plaintiff might make a strategic decision and sue in a jurisdiction in which he or she enjoys the greatest juridical advantage. This is the well-known problem of “forum shopping” or “libel tourism”. Restricting the available choice of laws might be a way to curb forum shopping. *Lex loci delicti*, or the place where the tort occurred, has been established as a general principle for determining choice of law for torts, however, room has been left for the creation of exceptions to the general rule for torts such as defamation. Although this question need not be decided in this case, one possible alternative to the *lex loci delicti* as the choice of law rule in defamation cases may be the place of most substantial harm to reputation. While it is well settled in Canadian law that the tort of defamation occurs upon publication to a third party, it is also clear that the harm occasioned by the publication of a defamatory statement is not the publication itself, but rather injury to the plaintiff’s reputation, and the importance of place of reputation has long been recognized in Canadian defamation law.

In the case at bar, whether the *lex loci delicti* rule is applied or the location of the most substantial harm to reputation is considered, the applicable law is that of Ontario and this factor favours Ontario in the *forum non conveniens* analysis, as does the factor of juridical advantage. Although this claim has connections to more than one forum, given the strength of the connections between B and Ontario, it is not at all clear that B is engaged in libel tourism and that Quebec would be a clearly more appropriate forum. The motion judge made no error, and correctly exercised her discretion in maintaining jurisdiction over B’s claim.

L’application de la doctrine du *forum non conveniens* constitue un exercice du pouvoir discrétionnaire contrôlable selon le principe de déférence applicable aux décisions discrétionnaires : une cour d’appel ne devrait intervenir que si le juge a commis une erreur de principe, a mal interprété ou n’a pas pris en considération des éléments de preuve importants, ou a rendu une décision déraisonnable. Divers facteurs peuvent être pris en compte dans une analyse relative au *forum non conveniens*. Le droit applicable au délit constitue un de ces facteurs, en plus de ceux liés au coût de l’instance et à l’opportunité d’éviter la multiplicité des instances. Étant donné que les éléments d’un délit comme la diffamation peuvent varier d’un ressort à un autre, un demandeur peut faire un choix stratégique et tenter une poursuite dans le ressort où il jouit du plus grand avantage juridique. Il s’agit du problème bien connu de la « recherche du ressort le plus favorable » ou du « tourisme diffamatoire ». Limiter le choix des lois qui s’offre au demandeur peut servir à mettre un frein à la recherche du tribunal le plus favorable. La *lex loci delicti*, le lieu où le délit est survenu, a été adoptée comme principe général déterminant la loi applicable aux délits, mais on a laissé place à des exceptions à la règle générale quant aux délits tels la diffamation. Bien que cette question n’ait pas à être tranchée en l’espèce, le lieu où la réputation a subi l’atteinte la plus substantielle pourrait constituer une solution de rechange possible à la *lex loci delicti* comme principe régissant le choix du droit applicable dans les affaires de diffamation. Il est établi en droit canadien que le délit de diffamation est commis dès qu’il y a diffusion destinée à un tiers. Mais il est clair également que le préjudice découlant de la diffusion d’un propos diffamatoire ne réside pas dans la diffusion elle-même, mais plutôt dans le tort causé à la réputation du demandeur, et le droit canadien de la diffamation reconnaît depuis longtemps l’importance de l’endroit où la réputation est établie.

En l’espèce, que l’on applique la règle de la *lex loci delicti* ou que l’on envisage le lieu de l’atteinte la plus substantielle à la réputation, la loi applicable est celle de l’Ontario, et ce facteur, tout comme celui de l’avantage sur le plan juridique, milite en faveur de l’Ontario dans l’analyse du *forum non conveniens*. Bien que la présente action ait des liens avec plus d’un ressort, compte tenu de la solidité du lien entre B et l’Ontario, il n’est pas du tout évident que B pratique le tourisme diffamatoire, et que le Québec constituerait un ressort nettement plus approprié. La juge saisie de la motion n’a commis aucune erreur et a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en confirmant la compétence du tribunal ontarien à l’égard de l’action de B.

Cases Cited

Applied: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; **referred to:** *Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269; *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Paulsson v. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28; *Bangoura v. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341; *Young v. Tyco International of Canada Ltd.*, 2008 ONCA 709, 92 O.R. (3d) 161; *Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161; *Visram v. Chandarana*, 2007 CanLII 28334; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Olde v. Capital Publishing Ltd. Partnership* (1996), 5 C.P.C. (4th) 95, aff'd (1998), 108 O.A.C. 304; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Jenner v. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526.

Statutes and Regulations Cited

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2929, 3126.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 54.1 to 54.6.
Defamation Act 2005 (Qld.), s. 11(3).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 17.02(g).

Authors Cited

Australia. Law Reform Commission. Report No. 11 *Unfair Publication: Defamation and Privacy*. Canberra: Government Publishing Service, 1979.

Brown, Raymond E. *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, vol. 5, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 5).

Castel, Jean-Gabriel. "Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153.

Deneault, Alain, avec Delphine Abadie et William Sacher. *Noir Canada: Pillage, corruption et criminalité en Afrique*. Montréal: Éditions Écosociété, 2008.

Martin, Craig. "Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation" (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127.

Price, David, Korieh Duodu and Nicola Cain. *Defamation: Law, Procedure & Practice*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2009.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; **arrêts mentionnés:** *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269; *Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Paulsson c. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28; *Bangoura c. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341; *Young c. Tyco International of Canada Ltd.*, 2008 ONCA 709, 92 O.R. (3d) 161; *Hiltz and Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161; *Visram c. Chandarana*, 2007 CanLII 28334; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Olde c. Capital Publishing Ltd. Partnership* (1996), 5 C.P.C. (4th) 95, conf. par (1998), 108 O.A.C. 304; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Jenner c. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2929, 3126.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 54.1 à 54.6.
Defamation Act 2005 (Qld.), art. 11(3).
Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 17.02g).

Doctrines et autres documents cités

Australie. Law Reform Commission. Report No. 11 *Unfair Publication: Defamation and Privacy*. Canberra: Government Publishing Service, 1979.

Brown, Raymond E. *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, vol. 5, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 5).

Castel, Jean-Gabriel. « Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes? » (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153.

Deneault, Alain, avec Delphine Abadie et William Sacher. *Noir Canada: Pillage, corruption et criminalité en Afrique*. Montréal: Éditions Écosociété, 2008.

Martin, Craig. « Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127.

Price, David, Korieh Duodu and Nicola Cain. *Defamation: Law, Procedure & Practice*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2009.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Blair and Rouleau J.J.A.), 2010 ONCA 416, [2010] O.J. No. 2389 (QL), 2010 CarswellOnt 3776, affirming a decision of Roberts J., 2009 CanLII 7168, [2009] O.J. No. 733 (QL), 2009 CarswellOnt 915. Appeal dismissed.

William C. McDowell, Yashoda Ranganathan and William Amos, for the appellants.

Lorne Honickman and Rory Barnable, for the respondent.

Karim Renno, Karine Chênevert and Fady Hammal, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jason B. Gratl and Robert D. Holmes, Q.C., for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

A. *Overview*

[1] With a globalized world comes the sometimes poisonous gift of ubiquity. Our conduct, however local, is now more likely to have global effects. For instance, words printed in one location can inform, or offend, readers all over the world. In the present case, an Ontario-based corporation has taken legal action in Ontario against a publisher based in the province of Quebec for defamation. Can an Ontario court assume jurisdiction over this action and, if so, should it exercise its jurisdiction?

[2] The decisions of this Court have established that a court can assume jurisdiction over an action if there is a real and substantial connection between the action and the court's territory. In companion cases, this Court has set out a series of factors that would meet the real and substantial connection test

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Blair et Rouleau), 2010 ONCA 416, [2010] O.J. No. 2389 (QL), 2010 CarswellOnt 3776, qui a confirmé une décision de la juge Roberts, 2009 CanLII 7168, [2009] O.J. No. 733 (QL), 2009 CarswellOnt 915. Pourvoi rejeté.

William C. McDowell, Yashoda Ranganathan et William Amos, pour les appelants.

Lorne Honickman et Rory Barnable, pour l'intimée.

Karim Renno, Karine Chênevert et Fady Hammal, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Jason B. Gratl et Robert D. Holmes, c.r., pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

A. *Aperçu*

[1] La mondialisation amène le don, parfois empoisonné, d'ubiquité. Un acte que l'on pose chez soi peut maintenant se répercuter à l'échelle mondiale. Par exemple, des propos publiés dans un endroit peuvent informer, ou offenser, des lecteurs partout dans le monde. En l'espèce, une société ayant son siège en Ontario a engagé dans cette province des procédures judiciaires pour diffamation contre un éditeur faisant affaire dans la province de Québec. Un tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent quant à cette action, et, le cas échéant, devrait-il exercer sa compétence?

[2] La jurisprudence de la Cour a établi qu'un tribunal peut se déclarer compétent quant à une action s'il existe un lien réel et substantiel entre l'action et le territoire assujéti au tribunal. Dans des causes connexes à la présente instance, la Cour a énoncé un ensemble de facteurs qui satisfont au

(see *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572). As in *Club Resorts*, we must determine here whether there is a real and substantial connection between the plaintiff's claim in defamation and the chosen forum, namely, an Ontario court.

[3] The tort of defamation presents an interesting challenge for the principles underlying the assumption of jurisdiction. At common law, the tort of defamation crystallizes upon publication of the libellous material, and publication of the libellous material is presumed when it is printed in a book. The tort of defamation will thus crystallize in all jurisdictions where the book is available. This also raises difficult issues when publication occurs through the Internet, as this Court noted recently in *Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269. Is it sufficient, however, that the defamatory book be available in a jurisdiction for a court to assume jurisdiction over a defamation claim involving that book? If a court may assume jurisdiction on that basis, in what circumstances should it apply the doctrine of *forum non conveniens* and decline to exercise its jurisdiction in favour of another, more convenient forum? This case also raises the issue of "libel tourism": if more than one forum can assume jurisdiction over a single instance of tortious conduct, should we prevent plaintiffs from choosing the forum of greatest juridical advantage?

[4] For the reasons that follow, I must dismiss this appeal. The assumption of jurisdiction is justified under the real and substantial connection test where there exist appropriate objective factors connecting the plaintiff's claim to his or her chosen forum. In the present case, the commission of the tort of defamation in Ontario satisfies the real and substantial connection test. Though it could be argued that a Quebec court is an appropriate forum, I see no reason to interfere with the motion judge's decision not to decline to exercise the Ontario court's jurisdiction in this matter.

critère du lien réel et substantiel (voir *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572). Tout comme dans *Club Resorts*, nous devons déterminer en l'espèce s'il existe un lien réel et substantiel entre l'allégation de diffamation de la demanderesse et le ressort choisi, à savoir l'Ontario.

[3] Le délit de diffamation présente un défi intéressant au plan des principes sous-jacents à la déclaration de compétence. En common law, ce délit se concrétise au moment de la diffusion des propos diffamatoires, et la diffusion des propos diffamatoires est présumée lorsque ceux-ci sont publiés dans un livre. Le délit de diffamation se concrétisera donc partout où l'on peut se procurer le livre. Cet aspect soulève aussi d'épineuses questions dans les cas de diffusion sur l'Internet, comme notre Cour l'a signalé récemment dans *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269. Toutefois, le fait que le livre diffamatoire soit offert dans un ressort suffit-il pour qu'un tribunal de ce ressort se déclare compétent quant à une action en diffamation fondée sur ce livre? Si un tribunal peut se déclarer compétent sur ce fondement, dans quelles circonstances devrait-il appliquer la doctrine du *forum non conveniens* et décliner compétence au profit d'un ressort plus approprié? La présente affaire soulève également la question du « tourisme diffamatoire » : si plus d'un ressort peuvent se déclarer compétents quant à un cas de conduite délictueuse, faudrait-il empêcher les plaignants de choisir le ressort qui les avantage le plus au plan juridique?

[4] Pour les motifs qui suivent, je dois rejeter le présent pourvoi. La déclaration de compétence est justifiée au regard du critère du lien réel et substantiel lorsque des facteurs objectifs et appropriés lient l'allégation du demandeur au ressort qu'il a choisi. En l'espèce, la perpétration en Ontario du délit de diffamation satisfait au critère du lien réel et substantiel. Bien que l'on puisse prétendre que le Québec est un ressort approprié, je ne vois aucune raison de modifier la décision de la juge saisie de la motion de ne pas refuser d'exercer la compétence du tribunal ontarien quant à la présente affaire.

B. *Background Facts*

[5] The appellant Les Éditions Écosociété Inc. (“Écosociété”) is the publisher of a book by A. Deneault, with D. Abadie and W. Sacher, entitled *Noir Canada: Pillage, corruption et criminalité en Afrique* (2008) (“*Noir Canada*”), which comments on the international mining activities of some Canadian corporations, including the respondent, Banro Corporation (“Banro”). Banro brought an action in Ontario against Écosociété, Mr. Deneault, Ms. Abadie and Mr. Sacher, alleging that *Noir Canada*’s content is libellous and that the book accuses Banro of committing human rights violations and fraud to further its financial interests in Africa. The defendants moved to stay the Ontario action, submitting that there was no real and substantial connection between the subject-matter of the action and Ontario and that the Ontario court was not the convenient forum for the action.

[6] Banro is incorporated under the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, and is engaged in the exploration and development of gold properties in the Democratic Republic of the Congo (“DRC”). Banro’s activities are international in scope; it has offices and hundreds of employees located in Ontario, the United Kingdom, South Africa and the DRC. Four of Banro’s nine officers are residents of Ontario, three are residents of the DRC, one officer resides in the United Kingdom and another in South Africa. Banro’s Board of Directors is composed of eight members, two based in Ontario, two in South Africa, two in the United Kingdom, one in France and one in British Columbia. Banro’s head office is located in Toronto, and the corporation is publicly traded on the Toronto Stock Exchange.

[7] Écosociété, the defendant in the main action, is a corporation based in Montréal, Quebec, that is incorporated under the laws of that province. Its head office is in Montréal, where all of the individual defendants work and reside. *Noir Canada* was published in Montréal and released to bookstores for purchase to the public on or about April 15, 2008.

B. *Les faits*

[5] L’appelante Les Éditions Écosociété Inc. (« Écosociété ») a publié un livre de A. Deneault, en collaboration avec D. Abadie et W. Sacher, intitulé *Noir Canada : Pillage, corruption et criminalité en Afrique* (2008) (« *Noir Canada* »); ce livre parle des activités minières internationales de certaines sociétés canadiennes, notamment l’intimée, Banro Corporation (« Banro »). Cette dernière a intenté une action en justice en Ontario contre Écosociété, M. Deneault, M^{me} Abadie et M. Sacher car elle prétend que le contenu de *Noir Canada* est diffamatoire et que le livre accuse Banro de violation des droits de la personne et de fraude dans le but de favoriser ses intérêts financiers en Afrique. Les défendeurs ont demandé la suspension de l’instance introduite en Ontario car ils prétendent qu’aucun lien réel et substantiel ne relie l’objet de l’action et l’Ontario et que l’Ontario n’est pas le ressort approprié pour introduire l’action.

[6] Banro est constituée en société sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, et exerce des activités d’exploration et d’exploitation de gisements aurifères dans la République démocratique du Congo (« RDC »). Banro exerce ses activités à l’échelle internationale; elle possède des bureaux et emploie des centaines de personnes en Ontario, au Royaume-Uni, en Afrique du Sud et en RDC. Quatre des neuf dirigeants de Banro résident en Ontario, trois résident en RDC, un dirigeant réside au Royaume-Uni et un autre en Afrique du Sud. Le conseil d’administration de Banro est composé de huit membres; deux en Ontario, deux en Afrique du Sud, deux au Royaume-Uni, un en France et un en Colombie-Britannique. Le siège social de Banro se trouve à Toronto et ses actions sont inscrites à la Bourse de Toronto.

[7] Écosociété, la défenderesse dans l’action principale, est une société constituée sous le régime des lois de la province de Québec. Son siège social est situé à Montréal, où tous les défendeurs individuels vivent et travaillent. *Noir Canada* a été publié à Montréal et distribué dans les librairies pour être vendu au public vers le 15 avril 2008. Le défendeur,

The defendant Alain Deneault is the author, while defendants Delphine Abadie and William Sacher contributed research and editorial assistance. Two French editions of the book have been printed, totalling nearly 5,000 copies, of which 93 were distributed to bookstores in Ontario, including 27 in the city of Toronto. A number of copies are available in Ontario public libraries. *Noir Canada* is also available for purchase on Écosociété's website. The defendant William Sacher gave a speech about the book at the University of Toronto on July 27, 2008. The book has also been referenced by many websites and newspaper articles available and accessible in Ontario.

[8] Banro has no offices, affiliates or subsidiaries in Quebec, nor does it operate or own mining properties in that province. Banro's public profile in Quebec is very limited.

C. *Judicial History*

- (1) Ontario Superior Court of Justice, 2009 CanLII 7168 (Roberts J.)

[9] Roberts J. delivered her reasons prior to the release of *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721 (“*Van Breda-Charron*”), in which the Ontario Court of Appeal revisited the multi-pronged test for the assumption of jurisdiction developed in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.). On the basis of the latter test, Roberts J. dismissed the defendants' motion to stay the proceedings. Roberts J. ruled that the Ontario court did have jurisdiction, owing to a real and substantial connection between the forum and the action. Roberts J. also dismissed the motion on the grounds of *forum non conveniens*; in her view, the defendants had not met the onus of showing that a Quebec court was the more convenient forum.

Alain Deneault, est l'auteur du livre et les défendeurs Delphine Abadie et William Sacher ont contribué à la recherche et à la rédaction du livre. Deux tirages en français ont été publiés, pour un total de près de 5 000 exemplaires, dont 93 ont été distribués dans des librairies en Ontario, y compris 27 exemplaires dans la ville de Toronto. Un certain nombre d'exemplaires se trouvent dans certaines bibliothèques publiques en Ontario. *Noir Canada* est également en vente sur le site Web d'Écosociété. Le défendeur William Sacher a prononcé une allocution portant sur le livre à l'université de Toronto le 27 juillet 2008. Le livre a également fait l'objet de mentions dans de nombreux sites Web et articles de journaux offerts et accessibles en Ontario.

[8] Banro est très peu connue au Québec; elle n'a ni bureau ni filiale au Québec et elle n'exploite ni ne possède aucun gisement minier dans cette province.

C. *Historique des procédures judiciaires*

- (1) Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2009 CanLII 7168 (la juge Roberts)

[9] La juge Roberts a prononcé ses motifs avant que ne soit rendu l'arrêt *Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721 (« *Van Breda-Charron* »), dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a réexaminé le critère en plusieurs volets élaboré dans *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), et permettant au tribunal de déterminer s'il peut se déclarer compétent. C'est en fonction de ce dernier critère que la juge Roberts a rejeté la motion en suspension de l'instance présentée par les défendeurs. La juge Roberts a statué que le tribunal ontarien avait compétence en raison d'un lien réel et substantiel existant entre le ressort et l'action. La juge Roberts a également rejeté la motion pour cause de *forum non conveniens*; selon elle, les défendeurs ne s'étaient pas acquittés du fardeau de démontrer qu'un tribunal du Québec constituait un ressort plus approprié.

(a) *Jurisdiction Simpliciter*

[10] On the basis of the criteria set out in *Muscutt*, Roberts J. found that the Ontario court could assume jurisdiction over the defendants. She found that there was a real and substantial connection between Ontario and the plaintiff's claim. Roberts J. recognized that the plaintiff was based in Ontario, where its good reputation was relied on to attract investors and reassure shareholders and was also critical in its dealings with various regulators. Roberts J. also held that the tort of defamation was only complete upon publication, which occurred where libellous material was read. Libellous material printed in a book was presumed to have been published for the purposes of establishing the tort.

[11] Roberts J. also noted that proof of the claim was not necessary at this early stage of the proceedings; rather, the plaintiff's claim was to be taken at face value. Without determining the veracity of the facts alleged by the plaintiff in its action, she further took the view that it had pleaded sufficient facts to support a defamation claim. With respect to damages, Roberts J. stated that it was recognized in defamation law that the vindication of the plaintiff's reputation was just as important as any monetary award that might be obtained. She wrote that the plaintiff "may be quite content with a declaration by a court in Ontario that the statements made by the defendants are untrue even if it cannot recover any damages that might be awarded to it as a consequence" (para. 27). She therefore held that there was a significant connection between Ontario and the respondent's claim.

[12] With respect to a connection between the forum and the defendants, Roberts J. noted that the corporate defendant was headquartered in Quebec and that the individual defendants all resided in that province. That said, she stated that "if the defendants have done anything within Ontario that bears upon the claim advanced by the plaintiff, the case for assuming jurisdiction is strengthened and

a) *La simple reconnaissance de compétence*

[10] Se fondant sur les critères énoncés dans *Muscutt*, la juge Roberts a conclu que le tribunal ontarien pouvait se déclarer compétent à l'égard des défendeurs. Elle a constaté l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'Ontario et la réclamation de la demanderesse. La juge Roberts a reconnu que la demanderesse avait son siège social en Ontario où sa bonne réputation est primordiale pour attirer les investisseurs, rassurer les actionnaires et traiter avec divers organismes de réglementation. La juge Roberts a aussi conclu que le délit de diffamation n'est accompli qu'à compter de la diffusion, laquelle a lieu au moment de la lecture des propos diffamatoires. Pour le besoin de la preuve du délit, des propos diffamatoires figurant dans un livre sont réputés être diffusés.

[11] La juge Roberts a également signalé que la preuve des faits allégués n'est pas nécessaire au tout début de l'instance; à cette étape, ceux-ci sont réputés établis. Sans se prononcer sur la véracité des faits allégués par la demanderesse dans son action, la juge a de plus estimé que la demanderesse avait invoqué des faits suffisants pour étayer les allégations de diffamation. En ce qui concerne le préjudice, la juge a déclaré que le droit relatif à la diffamation reconnaît que le rétablissement de la réputation du demandeur importe tout autant que la somme d'argent que ce dernier peut recevoir. Elle a affirmé que la demanderesse [TRADUCTION] « pourrait se contenter d'une déclaration par un tribunal ontarien que les affirmations des défendeurs sont fausses, et ce, même si elle ne peut recouvrer les dommages-intérêts qui pourraient lui être accordés en conséquence » (par. 27). La juge a donc conclu qu'il existait un lien important entre l'Ontario et la réclamation de l'intimée.

[12] En ce qui concerne le lien entre le ressort et les défendeurs, la juge Roberts a souligné que la personne morale défenderesse avait son siège social au Québec et que les autres défendeurs demeuraient tous dans cette province. Ceci étant dit, elle a ajouté que [TRADUCTION] « si les défendeurs ont fait quoi que ce soit en Ontario qui a une incidence sur l'allégation avancée par la demanderesse, la

may render the defendants subject to the jurisdiction” of the Ontario court (para. 32).

[13] For Roberts J., the question was “whether it was reasonably foreseeable that the defendants’ conduct would result in harm within Ontario” (para. 32). Roberts J. relied on the principles enunciated in *Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316 (Ont. S.C.J.), to hold that it was reasonably foreseeable that the defendants’ conduct would result in harm in Ontario, because the marketing and distribution of *Noir Canada* was not limited to Quebec, because the alleged defamatory statements contained in *Noir Canada* were published in Ontario, and because Mr. Sacher promoted *Noir Canada* during his visit to Toronto. Consequently, Roberts J. found that the activities of the defendants in Ontario rendered them subject to the jurisdiction of the Ontario court.

[14] As required by the *Muscutt* test, Roberts J. then considered whether the assumption of jurisdiction was unfair to one of the two parties. Roberts J. was not convinced by any arguments that assuming jurisdiction would be unfair to the defendants. With respect to Banro, although she recognized that, if the action were tried in Ontario, Banro would enjoy a juridical advantage by avoiding what she viewed as the more stringent requirements of Quebec defamation law, she held that Banro had “a legitimate interest in having the falsehood of the allegedly defamatory statements proven in its home jurisdiction and to clear its name” (para. 49).

[15] Roberts J. also considered whether the Ontario court would be willing to recognize an extraprovincial judgment rendered on the same jurisdictional basis, and found that it would without question. She was of the view that in light of this Court’s holding in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, Canadian provinces were constitutionally mandated to recognize

justification de se déclarer compétent est renforcée et peut avoir pour conséquence que les défendeurs sont assujettis à la compétence » du tribunal ontarien (par. 32).

[13] Pour la juge Roberts, la question était [TRADUCTION] « de savoir s’il était raisonnablement prévisible que les agissements des défendeurs causeraient un préjudice en Ontario » (par. 32). La juge a alors cité les principes énoncés dans *Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316 (C.S.J. Ont.), pour conclure qu’il était raisonnablement prévisible que les agissements des défendeurs causeraient un préjudice en Ontario parce que la mise en marché et la diffusion de *Noir Canada* ne se limitaient pas au Québec, les propos censément diffamatoires figurant dans ce livre avaient été publiés en Ontario et M. Sacher avait fait la promotion de *Noir Canada* durant sa visite à Toronto. Par conséquent, la juge Roberts a conclu que les activités des défendeurs en Ontario les assujettissaient à la compétence des tribunaux ontariens.

[14] Comme l’exige le critère énoncé dans *Muscutt*, la juge Roberts s’est ensuite demandé si la déclaration de compétence était inéquitable envers l’une des deux parties. La juge n’a été convaincue par aucun argument voulant que la déclaration de compétence créerait une iniquité envers les défendeurs. Elle a reconnu que l’instruction de l’action en Ontario conférerait à Banro un avantage juridique en lui permettant d’échapper à ce qu’elle estimait être des exigences plus rigoureuses du droit québécois en matière de diffamation, mais la juge a conclu que Banro avait [TRADUCTION] « un intérêt légitime à ce que la fausseté des prétendues affirmations diffamatoires soit prouvée dans son ressort et que sa réputation soit blanchie » (par. 49).

[15] La juge Roberts s’est également demandé si le tribunal ontarien consentirait à reconnaître un jugement extraprovincial reposant sur le même fondement juridictionnel, et elle a conclu qu’il le ferait assurément. À son avis, compte tenu de la décision de notre Cour dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, les provinces canadiennes doivent, en vertu de la Constitution,

and enforce judgments rendered in sister provinces as a result of a proper assumption of jurisdiction. Roberts J. therefore found that this factor favoured the plaintiff. She further noted that, even if Quebec did not enforce an Ontario judgment, such a judgment would remain of significant value to the plaintiff in restoring its reputation in Ontario.

(b) *Forum Non Conveniens*

[16] Having found that the Ontario court had jurisdiction to hear this action, Roberts J. turned to the question of whether she ought to decline to exercise it pursuant to the *forum non conveniens* doctrine. Roberts J. did so by applying the “well established, although not exhaustive, factors typically used to assess the connections to the parties’ respective fora” (para. 61). She concluded that the defendants had not satisfied their onus of showing that Quebec was a clearly more appropriate forum for the hearing of the action.

[17] Roberts J. first considered the location where the tort occurred. She rejected the defendants’ argument that the action should be heard in Quebec, where the vast majority of the copies of the book were distributed. Despite the fact that only 93 copies of the book had been distributed in Ontario, Roberts J. held that this factor favoured the plaintiff. She wrote that the distribution of “fewer copies . . . in Ontario than Quebec is not conclusive of the issue of damage to reputation and the ability of the person allegedly defamed to clear its good name” (para. 65). She noted that this was especially the case when the book was distributed in the home jurisdiction of the person allegedly defamed, where his or her reputation may suffer the most damage.

[18] Second, Roberts J. considered the law applicable to the tort. She noted that the law applicable to a tort was determined in accordance with the *lex loci delicti* rule and that in actions for defamation, it was that of the jurisdiction where publication

reconnaître et exécuter les jugements rendus dans d’autres provinces en conséquence de l’exercice opportun de la compétence. La juge Roberts a donc conclu que ce facteur militait en faveur de la demanderesse. Elle a également souligné que, même si le Québec refusait d’exécuter un jugement de l’Ontario, un tel jugement aiderait beaucoup la demanderesse à rétablir sa réputation en Ontario.

b) *Forum non conveniens*

[16] Après avoir conclu que le tribunal ontarien avait compétence pour entendre l’action, la juge Roberts s’est demandé si elle devait refuser d’exercer sa compétence en conformité avec le principe du *forum non conveniens*. La juge a examiné cette question en appliquant les [TRADUCTION] « facteurs reconnus, quoique non exhaustifs, habituellement utilisés pour évaluer les liens avec les ressorts respectifs des parties » (par. 61). Elle a conclu que les défendeurs ne s’étaient pas acquittés de leur fardeau de démontrer que le Québec était un ressort nettement plus approprié pour entendre l’action.

[17] La juge Roberts a d’abord examiné la question du lieu où le délit a été commis. Elle a rejeté l’argument des défendeurs selon lequel l’action devrait être entendue au Québec, où la grande majorité des exemplaires du livre ont été distribués. Même si seulement 93 exemplaires du livre ont été distribués en Ontario, la juge Roberts a conclu que ce facteur militait en faveur de la demanderesse. Elle a affirmé que la distribution [TRADUCTION] « d’un nombre moindre d’exemplaires [...] en Ontario qu’au Québec ne permet pas de trancher la question du tort causé à la réputation et de la capacité de la personne qui se dit victime de diffamation de rétablir sa réputation » (par. 65). Elle a souligné que cela est particulièrement vrai lorsque le livre est distribué dans le ressort de la personne qui serait victime de diffamation, le lieu où sa réputation est susceptible de subir le plus de tort.

[18] Ensuite, la juge Roberts a examiné le droit applicable au délit en cause. Elle a souligné que le droit applicable est déterminé conformément à la règle de la *lex loci delicti* et que dans les actions en diffamation, le droit applicable est celui du lieu de

occurred. Since *Noir Canada* was distributed and accessed in Ontario, she held that Ontario law would apply to the present action. She thus found that this factor favoured the plaintiff.

[19] With respect to the next factor, the place of residence or place of business of the parties, Roberts J. took the view that, in determining the *forum conveniens* in a defamation action, the place of residence of the plaintiff was significant because this was the jurisdiction in which he or she was likely to suffer the most damage to his or her reputation. She held that this factor favoured the plaintiff.

[20] After briefly considering other factors, Roberts J. addressed the remaining two factors, namely the avoidance of a multiplicity of proceedings and the loss of juridical advantage. For reasons previously outlined in her analysis of the unfairness in assuming jurisdiction, she held that the defendants had not established the risk of inconsistent judgments. She also held that “it was reasonably foreseeable that the plaintiff would commence an action in Ontario because of the defendants’ activities in Ontario” (para. 79). On this latter point, Roberts J. was of the view that Banro had not engaged in forum shopping by commencing the action in Ontario. Owing to the real and substantial connection between Ontario and the plaintiff’s claim, she was of the opinion that Banro was entitled to bring its action in its home jurisdiction, and hence benefit from the juridical advantages of that jurisdiction.

(2) Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 416 (CanLII) (Weiler, Blair and Rouleau JJ.A.)

[21] In a short judgment, the Court of Appeal endorsed the motion judge’s order and reasons. The Court of Appeal was of the view that, though the *Muscutt* test had been modified in *Van Breda-Charron*, the underlying principles for assuming jurisdiction were the same and had been properly applied by the court below. In its view, the record provided “ample support” for Robert J.’s conclusion that there was a real and substantial connection

la diffusion. Puisque *Noir Canada* a été distribué en Ontario et y était accessible, la juge a conclu que le droit ontarien s’appliquait à l’action en cause. Elle a donc conclu que ce facteur militait en faveur de l’intimée.

[19] En ce qui concerne le facteur suivant, le lieu de résidence ou la place d’affaires des parties, la juge a estimé que, dans la détermination du ressort approprié dans une action en diffamation, le lieu de résidence du demandeur est important parce que c’est le ressort dans lequel sa réputation est susceptible de subir le plus de tort. Elle a conclu que ce facteur favorisait la demanderesse.

[20] Après avoir brièvement examiné d’autres facteurs, la juge Roberts a examiné les deux derniers facteurs, à savoir le souci d’éviter la multiplicité des recours et la perte de l’avantage juridique. Pour des motifs exposés antérieurement, dans son analyse relative à l’iniquité pouvant résulter de la déclaration de compétence, la juge a conclu que les défendeurs n’avaient pas établi le risque que des jugements contradictoires soient rendus. Elle a ajouté qu’[TRADUCTION] « il était raisonnablement prévisible que la demanderesse introduise une action en Ontario en raison des activités des défendeurs en Ontario » (par. 79). À propos de ce dernier point, la juge Roberts était d’avis que Banro ne s’était pas livrée à une recherche du ressort le plus favorable en introduisant l’action en Ontario. En raison du lien réel et substantiel entre l’Ontario et l’allégation de la demanderesse, Banro pouvait, à son avis, intenter son action dans son ressort et donc profiter des avantages juridiques qu’il lui procurait.

(2) Cour d’appel de l’Ontario, 2010 ONCA 416 (CanLII) (les juges Weiler, Blair et Rouleau)

[21] Dans un court jugement, la Cour d’appel a souscrit à l’ordonnance et aux motifs de la juge saisie de la motion. La Cour d’appel a estimé que, bien que le critère énoncé dans *Muscutt* eût été modifié dans *Van Breda-Charron*, les principes sous-jacents à la déclaration de compétence étaient les mêmes et avaient été bien appliqués par la juridiction inférieure. Selon elle, le dossier [TRADUCTION] « étayait amplement » la conclusion

between the action and the forum chosen by the plaintiff (para. 2). The Court of Appeal also held that there was no error in the motion judge's exercise of discretion with respect to the *forum non conveniens* analysis.

II. Analysis

A. *Positions of the Parties*

(1) Appellants

(a) *Jurisdiction Was Not Properly Assumed in this Case*

[22] The appellants raise three main arguments to support their submission that jurisdiction was not properly assumed in this case. First, they contend that, in multijurisdictional defamation cases, the constitutional principles of order and fairness restrict a court's power to assume jurisdiction over an action to situations where there has been substantial publication in the jurisdiction. They write that “[i]n the absence of other substantial connections between the subject matter of the action or the defendant and the forum there must at least be substantial publication for a court to find a real and substantial connection” (A.F., at para. 43). They argue that should this Court fail to endorse that approach, authors or publishers whose publications circulate in multiple jurisdictions would constantly face the threat of being sued in an unlimited number of jurisdictions. That threat could easily operate as a “libel chill” and be harmful to freedom of expression in Canada.

[23] Second, the appellants argue that there is no real and substantial connection between the forum and the defendants as, among other things, there is no evidence on the record that suggests that the respondent suffered harm to its reputation in Ontario. For that reason, the appellants contend that the motion judge wrongly relied on the respondent's bald assertion that its reputation in Ontario was

de la juge Roberts selon laquelle il existe un lien réel et substantiel entre l'action et le ressort choisi par la demanderesse (par. 2). La Cour d'appel a également conclu que la juge saisie de la motion n'avait pas commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'analyse du *forum non conveniens*.

II. Analyse

A. *Positions des parties*

(1) Les appelants

a) *Le tribunal a eu tort de se déclarer compétent en l'espèce*

[22] Les appelants soulèvent trois arguments principaux à l'appui de leur prétention selon laquelle le tribunal a eu tort de se déclarer compétent en l'espèce. Premièrement, ils affirment que, dans les affaires de diffamation touchant plusieurs ressorts, les principes constitutionnels d'ordre et d'équité limitent le pouvoir d'un tribunal de se déclarer compétent à l'égard d'une action aux situations dans lesquelles il y a eu diffusion importante dans le ressort. Ils affirment que, [TRADUCTION] « [e]n l'absence d'autres liens substantiels entre l'objet de l'action, ou le défendeur, et le ressort, il doit y avoir au moins diffusion importante pour qu'un tribunal conclue à l'existence d'un lien réel et substantiel » (m.a., par. 43). Ils soutiennent que, si la Cour rejette cette approche, les auteurs ou les éditeurs dont les publications circulent dans de nombreux ressorts seraient continuellement exposés à la menace d'être poursuivis dans un nombre illimité de ressorts. Cette menace pourrait facilement constituer une « crainte paralysante du libelle » et nuirait à la liberté d'expression au Canada.

[23] Deuxièmement, les appelants prétendent qu'il n'existe aucun lien réel et substantiel entre le ressort et les défendeurs parce que, notamment, aucun élément de preuve au dossier ne donne à penser qu'il a été porté atteinte à la réputation de l'intimée en Ontario. C'est pourquoi les appelants soutiennent que la juge saisie de la motion a eu tort de se fonder sur la simple affirmation de

“particularly important” (A.F., at para. 62). It is the appellants’ view that, in light of the minimal distribution of the impugned book and the lack of evidence of publication, injury to reputation could not be inferred.

[24] Third, the appellants challenge the motion judge’s conclusion that Écosociété was subject to the jurisdiction of the Ontario court because it was carrying on business in Ontario. In their opinion, the mere fact of offering books for sale in bookstores in Ontario and on a website which is accessible from Ontario cannot properly ground a finding of “carrying on business” in that jurisdiction. The appellants thus submit that Roberts J.’s finding to that effect is unsupported by the evidence and is inconsistent with the constitutional principles of order and fairness.

(b) *Quebec Is the More Appropriate Forum*

[25] If this Court were to find that Ontario had jurisdiction, the appellants submit that the courts below erred in law by failing to recognize that the following four factors showed that Quebec was a clearly more appropriate forum in which to hear the present action (A.F., at para. 93):

- (i) the cost of this proceeding continuing in Ontario is disproportionate compared with the minimal potential for recovery for damage to reputation in Ontario;
- (ii) there is a parallel proceeding in Québec with respect to *Noir Canada* and as a result there is a risk of inconsistent findings in respect of the [appellants’] conduct and duplicated expenses for the [appellants] if this action proceeds in Ontario;
- (iii) Québec law governs the [respondent’s] claim; and
- (iv) the relative juridical advantage and disadvantage of the parties favours proceeding in Québec [since the appellants would otherwise be deprived of the benefit of enhanced protection of freedom of expression provided by Quebec’s new anti-Strategic

l’intimée selon laquelle sa réputation en Ontario était [TRADUCTION] « particulièrement importante » (m.a., par. 62). Selon les appelants, compte tenu de la faible distribution du livre en cause et de l’absence de preuve de diffusion, la juge ne pouvait déduire l’existence d’une atteinte à la réputation.

[24] Troisièmement, les appelants contestent la conclusion de la juge saisie de la motion selon laquelle Écosociété était assujettie à la compétence du tribunal ontarien parce qu’elle exerçait des activités en Ontario. Selon eux, le simple fait d’offrir des livres en vente dans des librairies en Ontario et sur un site Web accessible en Ontario ne permet pas de conclure qu’il y a eu « exercice des activités » en Ontario. Les appelants prétendent donc que cette conclusion de la juge Roberts n’est pas étayée par la preuve et n’est pas conforme aux principes constitutionnels d’ordre et d’équité.

b) *Le Québec est le ressort plus approprié*

[25] Si notre Cour décide que le tribunal ontarien avait compétence, les appelants prétendent que les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en ne reconnaissant pas que les quatre facteurs suivants démontraient qu’il serait nettement plus approprié que la présente action soit instruite au Québec (m.a., par. 93) :

[TRADUCTION]

- (i) les coûts occasionnés par la poursuite de la présente instance en Ontario sont disproportionnés par rapport à la faible possibilité d’indemnisation, en Ontario, pour atteinte à la réputation;
- (ii) un recours parallèle est en instance au Québec relativement à *Noir Canada* et, par conséquent, il existe un risque de conclusions contradictoires relativement aux agissements des [appelants] et les dépenses des [appelants] doubleront si la présente action est instruite en Ontario;
- (iii) le droit du Québec régit l’action de [l’intimée];
- (iv) les avantages et les inconvénients juridiques relatifs pour les parties militent en faveur de l’instruction de l’instance au Québec [car les appelants seraient autrement privés de l’avantage d’une protection accrue de la liberté d’expression procurée

Lawsuits Against Public Participation legislation (“SLAPP”).

[26] Finally, the appellants invite this Court to clarify the choice of law rule that applies in multijurisdictional defamation cases. They submit that the law of the jurisdiction where substantial publication occurred should apply. In the appellants’ view, Quebec law should govern the present dispute regardless of whether the action proceeds in Quebec or Ontario.

(2) Respondent

(a) *The Courts Below Rightly Assumed Jurisdiction Over the Appellants*

[27] It is the respondent’s view that the appellants, through this appeal, are “seeking to redefine defamation jurisprudence by introducing into a preliminary jurisdictional analysis tort-specific considerations of publication of defamatory material and a party’s ability to substantiate damages” (R.F., at para. 4). The respondent contends that “a restructuring of Canadian libel law in the manner that the appellants propose is contrary to the fundamental considerations underlying Canadian law on jurisdiction, . . . and [will] distance such Canadian law from that of other common law nations” (R.F., at para. 1). Furthermore, according to the respondent, requiring plaintiffs in multijurisdictional cases to show that substantial publication occurred in the jurisdiction and to adduce evidence of sufficient harm to reputation in that jurisdiction would subject them to an evidentiary burden that plaintiffs in intrajurisdictional cases do not face.

[28] The respondent emphasizes that the decisions upon which the appellants rely to support their assertion that plaintiffs in multijurisdictional defamation cases must show, at the jurisdictional stage, that publication in the jurisdiction was more than minimal have recently been overturned by the

par la nouvelle loi québécoise visant à contrer les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (« loi anti-SLAPP »).

[26] Enfin, les appelants demandent à la Cour de préciser la règle du choix de la loi applicable aux instances en diffamation qui touchent plusieurs ressorts. Ils prétendent que les lois du lieu où une diffusion importante s’est réalisée devraient s’appliquer. Selon les appelants, les lois du Québec devraient régir le présent conflit peu importe que la présente action soit instruite au Québec ou en Ontario.

(2) L’intimée

a) *Les juridictions inférieures se sont à bon droit déclarées compétentes à l’égard des appelants*

[27] Selon l’intimée, les appelants, par le présent pourvoi, [TRADUCTION] « cherchent à redéfinir la jurisprudence en matière de diffamation en introduisant dans l’analyse préliminaire relative à la compétence des considérations axées sur le délit de diffusion de propos diffamatoires et sur la capacité d’une partie à étayer les dommages » (m.i., par. 4). L’intimée prétend qu’[TRADUCTION] « une restructuration du droit canadien en matière de diffamation, de la manière proposée par les appelants, est contraire aux considérations fondamentales qui sous-tendent le droit canadien en matière de compétence [. . .] et éloigne ce droit de celui des autres pays de common law » (m.i., par. 1). De plus, selon l’intimée, exiger que les demandeurs dans des affaires touchant plusieurs ressorts démontrent une diffusion importante dans un ressort et prouvent qu’il y a eu atteinte suffisante à la réputation dans ce ressort leur imposerait un fardeau de la preuve auquel ne sont pas astreints les demandeurs dans les affaires touchant un seul ressort.

[28] L’intimée souligne que les décisions sur lesquelles se fondent les appelants pour étayer leurs arguments selon lesquels les demandeurs, dans les instances de diffamation touchant plusieurs ressorts, doivent démontrer, à l’étape de l’établissement de la compétence, que la diffusion dans

Ontario Court of Appeal in *Paulsson v. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28. The respondent notes that in that decision, the court adopted Nordheimer J.'s reasoning in *Barrick Gold Corp.* to the effect that reasonable foreseeability of harm to reputation, rather than evidence of damage to the plaintiff's reputation, is a relevant consideration in determining whether the foreign defendant in a defamation case has connections with the jurisdiction in which the action is brought. The respondent also asserts that the Court of Appeal in *Paulsson* departed from its previous decision rendered in *Bangoura v. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341.

[29] Relying on the Ontario Court of Appeal's reasons in *Paulsson*, the respondent writes that "[as] with any tort, the reasonable foreseeability of harm to another party can serve to affix liability in defamation actions" (R.F., at para. 48). The respondent submits that the appellants knew that the distribution of nearly one hundred copies of *Noir Canada* in bookstores in Ontario and online would result in the book being read and purchased in that jurisdiction. The respondent argues that the appellants were equally aware of the respondent's strong connections with Ontario. Therefore, according to the respondent, it was reasonably foreseeable that *Noir Canada* would be read and purchased in Ontario and would cause harm to the respondent's reputation in that jurisdiction. Consequently, the respondent submits that a presumption of a real and substantial connection exists based on r. 17.02(g) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, and that the fact that a tort occurred in Ontario is a significant factor supporting the assumption of jurisdiction by the Ontario court in the present action.

[30] The respondent accordingly argues that the appellants' core arguments ought to be rejected. In the respondent's view, the requirement of "substantial publication" not only would be unworkable and create confusion, but runs counter to the law of jurisdiction in Canada, which clearly distinguishes

le ressort a été plus que minimale ont récemment été infirmées par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Paulsson c. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28. Selon l'intimée, la cour dans cet arrêt a fait sienne le raisonnement exposé par le juge Nordheimer dans *Barrick Gold Corp.* selon lequel la prévisibilité raisonnable d'atteinte à la réputation — plutôt que la preuve d'un tort à la réputation des demandeurs — constitue un facteur pertinent qui sert à déterminer si le défendeur étranger dans une instance en diffamation a des liens avec le ressort saisi de l'instance. L'intimée affirme également que dans *Paulsson* la Cour d'appel s'est écartée de la décision qu'elle avait déjà rendue dans *Bangoura c. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341.

[29] Se fondant sur les motifs exposés par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Paulsson*, l'intimée affirme que [TRADUCTION] « [comme] pour tout autre délit, la prévisibilité raisonnable d'un préjudice occasionné à une autre partie peut servir pour imputer la responsabilité dans des instances en diffamation » (m.i., par. 48). L'intimée prétend que les appelants savaient que la distribution de près de cent exemplaires de *Noir Canada* dans des librairies ontariennes et en ligne entraînerait la lecture et l'achat du livre dans cette province. L'intimée soutient que les appelants connaissaient également l'existence de ses liens étroits avec l'Ontario. Ainsi, selon l'intimée, il était raisonnablement prévisible que *Noir Canada* serait lu et acheté en Ontario et porterait atteinte à sa réputation dans cette province. Par conséquent, l'intimée soutient qu'un lien réel et substantiel est présumé exister en application de l'al. 17.02g des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, et que le fait qu'un délit ait été commis en Ontario constitue un facteur important permettant au tribunal ontarien de se déclarer compétent à l'égard de la présente action.

[30] En conséquence, l'intimée prétend que les principaux arguments des appelants doivent être rejetés. Selon l'intimée, non seulement l'exigence d'une « diffusion importante » serait inapplicable et sèmerait la confusion, mais elle va à l'encontre du droit canadien en matière de prise de compétence

between issues of standing to bring a claim in a given forum and the substantive elements of that claim. The respondent also notes that this proposed requirement is based on a “snapshot” in time. It writes that “[t]o impose this concept would absurdly require the plaintiff, upon learning of a defamatory publication, to simply await ‘substantial’ publication, while incurring the consequent damage, in order to ensure that its defamation claim would be permitted to proceed” (R.F., at para. 79). Similarly, requiring the plaintiff to prove “harm to reputation” at the jurisdictional stage is inconsistent with one of the basic tenets of defamation law in Canada, namely that the main concern in a libel action is vindication of reputation, not the damages that one can obtain. It also fails to take account of the well-established principle of defamation law that damages are presumed when the defamatory material is made available to the public at large.

(b) *Ontario Is the Appropriate Forum to Hear This Action*

[31] Relying on *Young v. Tyco International of Canada Ltd.*, 2008 ONCA 709, 92 O.R. (3d) 161, the respondent submits that a motion judge’s exercise of his or her discretion as to *forum non conveniens* is owed deference on appeal. According to the respondent, the party who seeks the exercise of the court’s discretion must show that the forum it proposes is clearly more appropriate, which is an “extremely heavy burden” to meet on appeal (R.F., at para. 96). In this case, the respondent takes the view that the appellants have failed to meet this burden, and further contend that the courts below reached the correct conclusion in finding that Ontario was the most appropriate forum to hear this action.

[32] The respondent argues that the correctness of the conclusion reached by the courts below is

qui établit une distinction claire entre les questions de qualité pour intenter une action dans un ressort donné et les éléments de fond de cette action. L’intimée signale également que l’exigence que proposent ainsi les appelants dépend de la détermination d’un moment précis dans le temps. Elle affirme qu’[TRADUCTION] « imposer ce concept exigerait, de façon absurde, que le demandeur, lorsqu’il apprend l’existence de propos diffamatoires, attende que la diffusion soit “importante” tout en subissant le tort qui lui est fait, afin d’être certain que son action en diffamation sera entendue » (m.i., par. 79). Dans le même ordre d’idées, exiger que le demandeur prouve une « atteinte à sa réputation » à l’étape de l’établissement de la compétence est incompatible avec l’un des principes fondamentaux du droit canadien en matière de diffamation, à savoir que l’objectif premier d’une action en diffamation est le rétablissement de la réputation et non pas les dommages-intérêts que peut obtenir le demandeur. Cette exigence ne respecte pas non plus le principe bien établi en droit relatif à la diffamation selon lequel on présume qu’il y a atteinte à la réputation lorsque les propos diffamatoires sont disséminés dans le grand public.

b) *L’Ontario est le ressort approprié pour connaître du litige*

[31] S’appuyant sur l’arrêt *Young c. Tyco International of Canada Ltd.*, 2008 ONCA 709, 92 O.R. (3d) 161, l’intimée plaide que la cour d’appel doit faire preuve de retenue à l’égard de l’exercice, par la juge saisie de la motion, de son pouvoir discrétionnaire sur la question du *forum non conveniens*. Selon l’intimée, la partie qui sollicite l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal doit établir que le ressort qu’elle propose est nettement plus approprié, ce qui constitue un [TRADUCTION] « fardeau extrêmement lourd » en appel (m.i., par. 96). En l’espèce, l’intimée plaide que les appelants ne se sont pas acquittés de ce fardeau, et elle prétend de plus que les juridictions inférieures ont décidé à bon droit que l’Ontario était le ressort le plus approprié pour l’instruction de cette action.

[32] De plus, l’intimée soutient que les éléments suivants démontrent clairement la justesse de la

chiefly evidenced by the following factors: (1) its residence is in Ontario, a factor which is a matter of significance in a defamation case; (2) Ontario law would govern the action; (3) there is no risk of multiplicity of proceedings as the respondent is not a party to the defamation action filed against the appellants by Barrick Gold Corporation (“Barrick Gold”) in Quebec; and (4) the respondent would suffer a major juridical disadvantage if this action were tried in Quebec in terms of burden of proof and because its action would be barred by the application of the limitation period, or rather prescription in Quebec law, pursuant to art. 2929 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. The respondent further submits that this latter factor is sufficient to outweigh all other considerations in the *forum non conveniens* analysis. Finally, in response to the appellants’ argument that it is paramount that they not be deprived of the benefit of Quebec’s anti-SLAPP legislation, the respondent asserts that “there is no right to inaccurate, unbalanced and biased reporting that can unjustifiably damage reputation” (R.F., at para. 132).

B. *The Issues*

[33] In my reasons in *Club Resorts*, I set out the analytical framework for assuming jurisdiction under the common law real and substantial connection test. I also set out the proper approach to the application of the doctrine of *forum non conveniens*.

[34] Applying this analysis to the tort of defamation poses special challenges; in particular, it raises concerns about forum shopping. The tort of defamation is crystallized upon publication of the libellous material. In Canada, publication occurs when libellous material is read by a third party. In the case of libellous material printed in a book that is circulated in a library, it is possible to draw an inference of publication (R. E. Brown, *Brown on Defamation* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 5, at p. 22-58; *Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164

conclusion tirée par les juridictions inférieures : (1) l’intimée est une société ontarienne, ce qui constitue un facteur important dans une action en diffamation; (2) le droit ontarien régit l’action; (3) le risque de multiplicité des recours est écarté car l’intimée n’est pas partie à l’action en diffamation introduite contre les appelants par Barrick Gold Corporation (« Barrick Gold ») au Québec; (4) l’intimée subirait un désavantage juridique important si la présente action était entendue au Québec en ce qui concerne le fardeau de la preuve et parce que son action serait irrecevable en raison du délai de prescription applicable, ou plutôt du délai de prescription applicable en droit québécois, prévu à l’art. 2929 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. L’intimée plaide en outre que ce dernier élément à lui seul l’emporte sur tous les autres facteurs de l’analyse relative au *forum non conveniens*. Enfin, en réponse à l’argument des appelants selon lequel il est primordial qu’ils ne soient pas privés de l’application de la loi anti-SLAPP du Québec, l’intimée affirme que [TRADUCTION] « le droit de publier des écrits qui ne sont ni exacts, ni équilibrés ni partiels et qui peuvent sans justification porter atteinte à la réputation n’existe pas » (m.i., par. 132).

B. *Les questions en litige*

[33] Dans l’arrêt *Club Resorts*, j’ai expliqué le cadre analytique qui devrait régir la déclaration de compétence suivant le critère du lien réel et substantiel établi en common law. J’ai également exposé la façon dont il convient d’appliquer la doctrine du *forum non conveniens*.

[34] L’application de cette analyse au délit de diffamation présente des défis spéciaux. Elle soulève en particulier des préoccupations au sujet de la recherche du ressort le plus favorable. En effet, le délit de diffamation est cristallisé au moment de la diffusion des propos diffamatoires. Au Canada, il y a diffusion lorsqu’un tiers prend connaissance des propos diffamatoires. Dans le cas de propos diffamatoires publiés dans un livre offert en bibliothèque, il est possible de déduire qu’ils sont alors diffusés (R. E. Brown, *Brown on Defamation* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 5, p. 22-58; *Hiltz and*

N.S.R. (2d) 161 (S.C.), at para. 28; *Paulsson*, at para. 37).

[35] The defendants in this action have expressed the concern that an overly flexible application of the real and substantial connection test would render them liable in defamation in more than one jurisdiction. Indeed, given the elements of the tort of defamation, if an allegedly libellous book is distributed in more than one jurisdiction, then an inference may be drawn that the libellous material has been published in all these jurisdictions. If publication is sufficient to connect the plaintiff's claim to a given jurisdiction, then the courts of more than one jurisdiction could potentially assume jurisdiction over the same tort.

[36] The elements of a tort such as defamation potentially vary from one jurisdiction to another, thus making it easier or more difficult to sue depending on one's choice of jurisdiction. That being the case, a plaintiff might make a strategic choice and sue in the jurisdiction in which he or she enjoys the greatest juridical advantage. This is the well-known problem of "forum shopping" or "libel tourism". I propose to address this problem at the *forum non conveniens* stage of the analysis.

C. *Application to the Facts*

(1) The Assumption of Jurisdiction

[37] The motion judge's decision to assume jurisdiction should be upheld. When the analytical framework identified in *Club Resorts* is applied, it is clear that there is a real and substantial connection between Banro's claim and Ontario.

[38] Here, the alleged tort of defamation occurred in Ontario. *Noir Canada* was distributed in Ontario. At this stage of the proceedings, the plaintiff need not show evidence of harm or that the book was read. The plaintiff need only allege publication and its allegations should be accepted as pleaded unless contradicted by evidence adduced

Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General) (1997), 164 N.S.R. (2d) 161 (C.S.), par. 28; *Paulsson*, par. 37).

[35] Les défendeurs dans la présente action ont dit craindre qu'une application trop souple du critère du lien réel et substantiel engagerait leur responsabilité pour diffamation dans plus d'un ressort. En effet, en raison de la nature des éléments du délit de diffamation, si un livre prétendument diffamatoire est distribué dans plus d'un ressort, on peut alors en déduire que les propos diffamatoires sont diffusés dans tous ces ressorts. Si la diffusion suffit pour lier l'action du demandeur à un ressort donné, les tribunaux de plus d'une province pourraient alors se déclarer compétents quant au même délit.

[36] Les éléments d'un délit comme la diffamation peuvent varier d'un ressort à un autre, ce qui rend ainsi plus facile ou plus difficile, selon le choix du ressort, l'introduction d'une action. Cela étant, un demandeur peut faire un choix stratégique et intenter une poursuite dans le ressort où il jouit du plus grand avantage juridique. Il s'agit du problème bien connu de la « recherche du ressort le plus favorable » ou du « tourisme diffamatoire ». Je me propose d'aborder cette question à l'étape de l'analyse qui porte sur le *forum non conveniens*.

C. *Application aux faits*

(1) La déclaration de compétence

[37] La décision de la juge saisie de la motion de se déclarer compétente devrait être maintenue. L'application du cadre analytique énoncé dans *Club Resorts* permet clairement d'établir l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'action de Banro et l'Ontario.

[38] En l'espèce, le délit de diffamation allégué a eu lieu en Ontario. *Noir Canada* a été distribué en Ontario. À cette étape de l'instance, la demanderesse n'a pas à démontrer qu'il y a eu préjudice ou que le livre a été lu. La demanderesse n'a qu'à invoquer la diffusion du livre et ses allégations ne devraient pas être mises en doute à moins que

by the defendants. For the purposes of proving defamation, publication may be inferred when the libellous material is contained in a book that is circulated in a library; the new evidence adduced by Banro on consent establishes that 15 copies of *Noir Canada* were circulated in Ontario libraries and one copy was checked out. In addition, Banro adduced evidence establishing that its reputation in Ontario is vital to conducting business, attracting investors and maintaining good relations with regulators such as the Ontario Securities Commission.

[39] As discussed in *Club Resorts*, the commission of a tort in Ontario is a recognized presumptive connecting factor that *prima facie* entitles the Ontario court to assume jurisdiction over this dispute. For the reasons discussed above, the defendants have not shown that only a minor element of the tort of defamation occurred in Ontario. As a result, they have not displaced the presumption of jurisdiction that arises in this case.

[40] On this basis, I conclude that the motion judge correctly assumed jurisdiction. That said, it is then entirely appropriate for the respondent party in such a motion to raise the doctrine of *forum non conveniens*, and ask that factors that go beyond the objective connecting factors considered in the jurisdictional analysis be taken into account.

(2) *Forum Non Conveniens*

[41] The application of *forum non conveniens* is an exercise of discretion reviewable in accordance with the principle of deference to discretionary decisions: an appeal court should intervene only if the motion judge erred in principle, misapprehended or failed to take account of material evidence, or reached an unreasonable decision (see *Young v. Tyco International of Canada Ltd.*, at para. 27). I find

les défendeurs présentent des éléments de preuve au contraire. Pour les besoins de la preuve de la diffamation, la diffusion peut être présumée lorsque les propos diffamatoires figurent dans un livre qui circule en bibliothèque. À ce propos, les nouveaux éléments de preuve produits par Banro avec le consentement des défendeurs établissent que 15 exemplaires de *Noir Canada* ont circulé dans les bibliothèques de l'Ontario et qu'un exemplaire a été emprunté. En outre, Banro a produit des éléments de preuve établissant que sa réputation en Ontario est essentielle pour qu'elle exerce ses activités, qu'elle attire des investisseurs et qu'elle entretienne de bonnes relations avec les organismes de réglementation comme la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

[39] Comme nous l'avons vu dans *Club Resorts*, la perpétration d'un délit en Ontario est reconnue comme facteur de rattachement créant une présomption de compétence *prima facie* du tribunal ontarien à l'égard du litige. Pour les motifs qui précèdent, les défendeurs n'ont pas établi que seul un élément mineur du délit de diffamation s'est produit en Ontario. Par conséquent, ils n'ont pas réfuté la présomption de compétence applicable en l'espèce.

[40] Sur ce fondement, je conclus que la juge saisie de la motion s'est à bon droit déclarée compétente. Une fois cette compétence reconnue, la partie défenderesse dans une telle affaire peut donc légitimement plaider la doctrine du *forum non conveniens* et demander que l'on examine, à cette occasion, des facteurs qui ne se limitent pas aux seuls facteurs de rattachement objectifs pris en compte dans l'analyse relative à la compétence.

(2) *Le forum non conveniens*

[41] L'application du *forum non conveniens* constitue un exercice du pouvoir discrétionnaire contrôlable selon le principe de déférence applicable aux décisions discrétionnaires : une cour d'appel ne devrait intervenir que si le juge saisi de la demande a commis une erreur de principe, a mal interprété ou n'a pas pris en considération des éléments de preuve importants, ou a rendu une décision déraisonnable

that the motion judge made no such error. Roberts J. correctly exercised her discretion in maintaining Ontario's jurisdiction over the plaintiff's claim.

[42] In this Court, the defendants put forward the following reasons for which the Ontario court should have declined to exercise its jurisdiction:

- (i) the cost of this proceeding continuing in Ontario is disproportionate compared with the minimal potential for recovery for damage to reputation in Ontario;
- (ii) [the] parallel proceeding in Québec with respect to *Noir Canada* and [the resulting] risk of inconsistent findings [concerning] the Defendants' conduct and duplicated expenses for the Defendant if [the] action proceeds in Ontario;
- (iii) Québec law governs the Plaintiff's claim; and
- (iv) the relative juridical advantage and disadvantage of the parties favours proceeding in Québec. [A.F., at para. 93]

[43] I will review each of these submissions in turn.

(a) *The Cost of the Proceeding*

[44] The defendants' first argument is one of proportionality. The defendants submit that the cost of litigating the plaintiff's claim in Ontario far outweighs the potential for recovery. The defendants submit that the evidence necessary for litigating the claim is outside Ontario, and, consequently, that "the expense and cost of litigating those issues is out of all proportion to the potential recovery given the limited publication in Ontario and the absence of evidence of harm to reputation in Ontario" (A.F., at para. 100).

(voir *Young c. Tyco International of Canada Ltd.*, par. 27). Je conclus que la juge saisie de la motion n'a pas commis une telle erreur. La juge Roberts a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en confirmant la compétence du tribunal ontarien à l'égard de l'action de la demanderesse.

[42] Devant notre Cour, les défendeurs ont plaidé que le tribunal ontarien aurait dû refuser d'exercer sa compétence pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

- (i) les coûts occasionnés par la poursuite de la présente instance en Ontario sont disproportionnés par rapport à la faible possibilité d'indemnisation, en Ontario, pour atteinte à la réputation;
- (ii) [le] recours parallèle en instance au Québec relativement à *Noir Canada*, le risque[, découlant de ce fait,] de conclusions contradictoires [relativement] aux agissements des défendeurs et les dépenses doublées des défendeurs si l'action est instruite en Ontario;
- (iii) le droit du Québec régit l'action de la demanderesse; et
- (iv) les avantages et les inconvénients juridiques relatifs pour les parties militent en faveur de l'instruction de l'instance au Québec. [m.a., par. 93]

[43] Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces arguments.

a) *Le coût de l'instance*

[44] Le premier argument des défendeurs porte sur la proportionnalité. Les défendeurs prétendent que le coût occasionné par l'instruction de l'action de la demanderesse en Ontario excède de loin l'indemnisation qu'elle peut recouvrer. Les défendeurs prétendent que les éléments de preuve dont on a besoin pour débattre l'action se trouvent à l'extérieur de l'Ontario et que, par conséquent, [TRADUCTION] « les dépenses et le coût occasionnés par le débat au sujet de ces questions sont disproportionnés par rapport à la possibilité d'indemnisation, compte tenu de la diffusion peu importante en Ontario et de l'absence de preuve d'atteinte à la réputation en Ontario » (m.a., par. 100).

[45] The defendants' argument of proportionality rests on the lack of evidence of harm, which is not of concern at this preliminary stage of the proceedings. The plaintiff's claim is assumed to be proven as pleaded unless contradicted by evidence. Furthermore, harm is typically presumed in defamation cases, and in this case Banro has adduced sufficiently compelling evidence of its reputation in Ontario. Finally, financial recovery may not be the central issue. It is conceivable that, for Banro, a declaratory judgment is as valuable to its reputation as any pecuniary award.

(b) *Parallel Proceedings in Quebec*

[46] The defendants submit that “[m]ultiplicity of proceedings should be avoided because of the waste of judicial resources and the risk of inconsistent findings” (A.F., at para. 104). The defendants are referring to a defamation action brought by Barrick Gold which they were still facing in Quebec at the time of the hearing in this Court, also in relation to *Noir Canada*. I gather that the defendants are bearing the cost of two separate lawsuits and that litigating both actions together would minimize costs.

[47] With respect, I cannot agree with the defendants. Firstly, it is incorrect for them to say that “[m]atters with parties or issues in common should be litigated in the same forum” (A.F., at para. 104). Rather, it should be said that matters with parties or issues in common should be litigated in the same action. Even if Ontario declined to exercise its jurisdiction, it is not a foregone conclusion that Banro's action would be amalgamated with Barrick Gold's action in Quebec. In *Visram v. Chandarana*, 2007 CanLII 28334 (Ont. S.C.J.), which the defendants cite as supporting their contention, the Ontario Superior Court had the option of staying some of the claims in an action on the basis that Ontario was not the most appropriate forum, while allowing other claims asserted against Ontario residents only to proceed in Ontario. The motion judge declined to stay part of the action, not

[45] L'argument des défendeurs à propos de la proportionnalité repose sur l'absence de preuve de préjudice, laquelle n'a pas d'importance à cette étape préliminaire des procédures. Les allégations de la demanderesse sont réputées être établies en l'absence de preuve contraire. De plus, le préjudice est généralement présumé dans les instances en diffamation, et, en l'espèce, Banro a fourni suffisamment de preuves convaincantes de sa réputation en Ontario. Enfin, l'indemnisation ne constitue peut-être pas la question principale en jeu. Il se peut que, pour Banro, un jugement déclaratoire importe autant pour sa réputation qu'une indemnité pécuniaire.

b) *Recours parallèle intenté au Québec*

[46] Les défendeurs prétendent que [TRADUCTION] « [l]a multiplicité des instances devrait être évitée en raison du gaspillage des ressources judiciaires et du risque de conclusions contradictoires » (m.a., par. 104). Les défendeurs renvoient à une action en diffamation en instance au Québec, au moment de l'audition dans cette Cour, dans laquelle Barrick Gold les poursuit en diffamation, également en relation avec *Noir Canada*. Je comprends que les défendeurs supportent le coût de deux poursuites distinctes et que l'instruction des deux actions ensemble réduirait le coût au minimum.

[47] Je ne puis accepter cet argument des défendeurs. Premièrement, ils ont tort d'affirmer que [TRADUCTION] « [l]es litiges mettant en cause des parties et des questions communes devraient être débattus devant le même tribunal » (m.a., par. 104). Il faut plutôt affirmer que les litiges mettant en cause des parties ou des questions communes devraient être débattus dans la même action. Même si le tribunal ontarien refusait d'exercer sa compétence, il n'est pas acquis que l'action de Banro serait jointe à l'action de Barrick Gold au Québec. Dans l'affaire *Visram c. Chandarana*, 2007 CanLII 28334 (C.S.J. Ont.), que citent les défendeurs à l'appui de leur prétention, la Cour supérieure de l'Ontario aurait pu surseoir à certaines des réclamations au motif que l'Ontario n'était pas le ressort le plus approprié, tout en permettant que d'autres réclamations visant uniquement des résidents de l'Ontario soient jugées

to avoid a multiplicity of fora, but to avoid a multiplicity of proceedings arising from the overlapping claims against the same parties. In the present case, Barrick Gold's action and Banro's action are already separate claims, and although they arose from the same book, the claims are related to different allegedly defamatory statements.

[48] In addition, the defendants submit that a multiplicity of proceedings would risk "Ontario and Québec courts [coming] to opposite conclusions" (A.F., at para. 107). With respect, I am not persuaded by this argument. Again, there is no guarantee that these actions would be joined, if both were litigated in Quebec. It is thus entirely conceivable that the same Quebec court would also come to opposite conclusions in respect of the two actions simply because the plaintiffs, the facts and the statements relating to each plaintiff are different.

(c) *Choice of Law*

[49] One factor that must be considered in the *forum non conveniens* analysis is the law applicable to the tort. Restricting the available choice of laws might be a way to curb forum shopping. Indeed, there would be little strategic advantage to forum shopping if the conflicts rules were to require application of the same law regardless of where the matter is tried.

[50] In *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, La Forest J. established *lex loci delicti*, or the place where the tort occurred, as a general principle for determining choice of law for torts. However, La Forest J. also left room for the creation of exceptions to the general rule of *lex loci delicti* for torts such as defamation. The rationale for the rule is that in the case of most torts, the occurrence of the wrong constituting the tort is its most substantial or characteristic element, and the injury or consequences are typically felt in the same place. In

en Ontario. Le juge saisi de la motion a refusé de surseoir à une partie de l'action, non pas pour éviter une multiplicité de ressorts, mais pour éviter une multiplicité d'instances découlant du chevauchement de réclamations visant les mêmes parties. En l'espèce, l'action de Barrick Gold et celle de Banro sont déjà des actions distinctes et, bien qu'elles découlent du même livre, ces actions visent différentes affirmations censément diffamatoires.

[48] En outre, les défendeurs prétendent qu'une multiplicité d'instances pourrait avoir pour conséquence que [TRADUCTION] « les tribunaux ontarien et québécois [arrivent] à des conclusions contraires » (m.a., par. 107). Cet argument ne me convainc pas. Encore là, rien ne garantit que ces actions seraient réunies si elles étaient toutes deux débattues au Québec. Il est donc tout à fait concevable que le même tribunal québécois tirerait également des conclusions contraires relativement aux deux actions tout simplement parce que les demandeurs, les faits et les propos se rapportant à chacun des demandeurs sont différents.

c) *Choix du droit applicable*

[49] Le droit applicable au délit constitue un facteur à prendre en compte dans l'analyse du *forum non conveniens*. Limiter le choix des lois qui s'offre au demandeur peut servir à mettre un frein à la recherche du tribunal le plus favorable. En effet, la recherche du tribunal le plus favorable ne présenterait qu'un avantage stratégique négligeable si les règles du droit international privé devait nécessiter l'application des mêmes règles de droit sans égard au lieu de l'instruction de l'instance.

[50] Dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, le juge La Forest a adopté la *lex loci delicti*, le lieu où le délit est survenu, comme principe général déterminant la loi applicable aux délits. Néanmoins, le juge La Forest a aussi laissé place à des exceptions à la règle générale de la *lex loci delicti* quant aux délits tels la diffamation. La justification de la règle tient à ce que, dans la plupart des cas de délit, la faute qui constitue le délit est l'élément le plus substantiel ou le plus caractéristique, et que le préjudice ou les conséquences se font généralement

establishing *lex loci delicti* as a general rule, however, La Forest J. also recognized that “[t]here are situations . . . notably where an act occurs in one place but the consequences are directly felt elsewhere, when the issue of where the tort takes place itself raises thorny issues. . . . Difficulties may also arise where the wrong directly arises out of some transnational or interprovincial activity” (p. 1050).

[51] La Forest J. suggested that in such cases, “it may well be that the consequences would be held to constitute the wrong” (p. 1050). Significantly, La Forest J. went so far as to suggest without deciding that the tort of defamation may be just such a case: “[I]t could well be argued . . . that, unlike a motor vehicle accident [the tort at issue in *Tolofson*], the tort of libel should be held to take place where its effects are felt” (p. 1042). La Forest J. thus left room for the creation of exceptions to the general rule of *lex loci delicti* for torts such as defamation.

[52] The defendants argue against the application of *lex loci delicti* here. They submit that the Ontario court should have declined to exercise its jurisdiction because Quebec is the place of the most substantial publication, and therefore Quebec law is applicable. The defendants cite *Olde v. Capital Publishing Ltd. Partnership* (1996), 5 C.P.C. (4th) 95 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), aff’d (1998), 108 O.A.C. 304, as standing for the proposition that we should look to the standard of substantial publication to determine the centre of gravity of the tort, and identify the most convenient forum on that basis. If I understand the argument, Ontario could assume jurisdiction on the basis that the tort occurred there; Ontario defamation law uses the traditional common law standard of publication, but substantial publication would be considered to determine whether Ontario should, in fact, exercise its jurisdiction based on whether or not its law would be applicable.

sentir à l’endroit même où le délit a été commis. En établissant la *lex loci delicti* comme règle générale, le juge La Forest a toutefois reconnu aussi qu’« il existe des situations, notamment lorsqu’un acte est accompli à un endroit, mais que ses conséquences se font sentir directement ailleurs, où la question de savoir où le délit lui-même a été commis pose des problèmes épineux. [. . .] Des difficultés peuvent également se présenter lorsque la faute découle directement d’une activité transnationale ou interprovinciale » (p. 1050).

[51] Le juge La Forest a indiqué qu’en pareil cas, « il se peut bien que l’on juge que les conséquences constituent la faute » (p. 1050). Fait important, le juge La Forest a même écrit, sans pour autant le décider, que le délit de diffamation pourrait bien constituer un pareil cas, et a ajouté « qu’on pourrait bien faire valoir [. . .] qu’à la différence d’un accident de véhicule automobile [le délit en cause dans *Tolofson*], le délit de diffamation devrait être réputé avoir été commis à l’endroit où ses effets se font sentir » (p. 1042). Le juge La Forest a ainsi laissé place aux exceptions à la règle générale de la *lex loci delicti* quant aux délits tels la diffamation.

[52] Les défendeurs s’opposent à l’application de la *lex loci delicti* à la présente affaire. Ils prétendent que le tribunal ontarien aurait dû décliner sa compétence parce que le Québec est l’endroit où la diffusion a été la plus importante et qu’en conséquence, le droit québécois est applicable. Les défendeurs citent *Olde c. Capital Publishing Ltd. Partnership* (1996), 5 C.P.C. (4th) 95 (C. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1998), 108 O.A.C. 304, à l’appui de l’affirmation selon laquelle nous devrions nous servir de la norme de la diffusion importante afin de déterminer le centre de gravité du délit et ainsi déterminer le ressort le plus approprié. Si je comprends l’argument, le tribunal de l’Ontario pourrait se déclarer compétent parce que le délit est survenu dans cette province; le droit ontarien en matière de diffamation fait appel à la norme de common law traditionnelle de la diffusion, mais tiendrait compte de la diffusion importante pour déterminer si le tribunal ontarien devrait en fait exercer sa compétence selon que sa loi serait ou non applicable.

[53] The defendants' argument is not persuasive. First, there is a factual difference between *Capital Publishing* and the present case. In *Capital Publishing*, the libellous material was published in a magazine distributed mainly in the United States; the record showed that only one copy of the magazine was purchased in Ontario, while the vast majority were sold in the United States (para. 3). In the present case, the majority of copies were indeed distributed in Quebec, but the number of copies available in Ontario remains substantial. Moreover, there is evidence that Écosociété actively promoted its book in Ontario, unlike the situation where a copy of the libellous material is accessed by happenstance in the forum of choice.

[54] Second, and as the English experience demonstrates, the substantial publication requirement provides both courts and litigants with little guidance (see D. Price, K. Duodu and N. Cain, *Defamation: Law, Procedure & Practice* (4th ed. 2009), at p. 448). One can easily imagine a publication, such as a bestselling novel, being substantially published in more than one jurisdiction, in which case, the problem of forum shopping and the multiplicity of jurisdictions would remain.

[55] More fundamentally, however, the use of the substantial publication requirement in England reflects England's merits-based approach to the assumption of jurisdiction, which is arguably inconsistent with the Canadian approach of treating jurisdiction separately from the merits of a claim. The defamation law of Canada has not adopted the substantial publication standard. In Canada, the evidentiary standard for proving publication remains the traditional common law standard, according to which a single instance of publication is sufficient for the tort to crystallize. To adopt the standard of substantial publication in the context of private international law would amount to a significant change in the substantive tort. It would be anomalous to adopt a new standard in the context of private international law but to continue applying the

[53] L'argument des défendeurs n'est pas convaincant. Premièrement, les faits de l'affaire *Capital Publishing* diffèrent de ceux de la présente espèce. Dans *Capital Publishing*, les propos diffamatoires avaient été diffusés dans un magazine distribué principalement aux États-Unis. La preuve révélait qu'un seul exemplaire du magazine avait été acheté en Ontario, alors que la vaste majorité des exemplaires avaient été vendus aux États-Unis (par. 3). En l'espèce, c'est au Québec que la majorité des exemplaires du livre ont été distribués. Toutefois le nombre d'exemplaires offerts en Ontario demeure important. De plus, la preuve révèle qu'Écosociété a fait une promotion active de son livre en Ontario, ce qui est différent d'un cas où un exemplaire de l'ouvrage diffamatoire est consulté par hasard dans le ressort choisi.

[54] Deuxièmement, et comme le démontre l'expérience anglaise, l'exigence d'une diffusion importante fournit peu de critères utiles aux tribunaux et aux parties pour déterminer le droit applicable (voir D. Price, K. Duodu et N. Cain, *Defamation: Law, Procedure & Practice* (4^e éd. 2009), p. 448). On peut facilement imaginer qu'une publication, par exemple un roman à succès, soit largement diffusée dans plusieurs États, et dans ce cas, les problèmes de la recherche du tribunal le plus favorable et de la multiplicité des recours subsisteront.

[55] Et surtout, le recours, en Angleterre, à cette exigence d'une publication importante reflète la méthode anglaise de détermination de la compétence du tribunal, qui repose sur l'examen du bien-fondé de la cause. Cette méthode paraît peu compatible avec la méthode canadienne qui examine séparément la compétence du tribunal et le bien-fondé de l'action. De plus, au Canada, le droit en matière de diffamation n'a pas retenu la norme de la diffusion importante; la norme de preuve en matière de diffusion est toujours la norme traditionnelle de la common law selon laquelle un cas isolé de diffusion suffit pour que le délit se cristallise. L'adoption de la norme de la diffusion importante dans le contexte du droit international privé équivaldrait à apporter un changement important au droit substantiel en matière délictuelle. Il serait

traditional standard in the context of the substantive tort.

[56] While the defendants' approach cannot be accepted, the question of whether the *lex loci delicti* represents the proper rule for choice of law in defamation remains. Although I need not decide the question in this case, I note that one possible alternative to the *lex loci delicti* in defamation cases, which has gained some significant support, may be the place of most substantial harm to reputation.

[57] It is well settled in Canadian law that the tort of defamation occurs upon publication to a third party — that is, when the allegedly defamatory material is read or downloaded by someone other than the plaintiff or the publisher. On the other hand, it is also clear that the harm occasioned by the publication of a defamatory statement is not the publication itself, but rather injury to the plaintiff's reputation. While the constitutional right to the protection of freedom of expression must be upheld in the crafting of the law of defamation, this Court has recognized that one of the primary purposes of the law of defamation is to protect the reputation of the individual, which was elevated to quasi-constitutional status in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130:

Although it is not specifically mentioned in the *Charter*, the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights. It follows that the protection of the good reputation of an individual is of fundamental importance to our democratic society.

Further, reputation is intimately related to the right to privacy which has been accorded constitutional protection. . . . The publication of defamatory comments constitutes an invasion of the individual's personal privacy and is an affront to that person's dignity. [paras. 120-21]

anormal d'appliquer une nouvelle norme dans le contexte du droit international privé, mais de conserver la norme traditionnelle dans le contexte du droit substantiel en matière délictuelle.

[56] Même si les arguments des défendeurs ne peuvent être acceptés, la question de savoir si la *lex loci delicti* devrait présider au choix du droit applicable en cas de diffamation demeure. Bien que je n'aie pas à me prononcer sur cette question en l'espèce, je note que, comme solution de rechange possible à l'application de la *lex loci delicti* dans les affaires de diffamation, le principe de la loi du lieu où la réputation a subi l'atteinte la plus substantielle a reçu des appuis importants.

[57] Il est établi en droit canadien que le délit de diffamation est commis dès qu'il y a diffusion destinée à un tiers — à savoir à la lecture ou au téléchargement des documents censément diffamatoires par une personne autre que le demandeur ou l'éditeur. Par contre, il est clair également que le préjudice découlant de la diffusion d'un communiqué diffamatoire ne réside pas dans la diffusion elle-même, mais plutôt dans le tort causé à la réputation du demandeur. Bien que le droit constitutionnel à la protection de la liberté d'expression doive être maintenu dans l'établissement des règles de droit relatives à la diffamation, notre Cour a reconnu que l'un des objectifs principaux du droit de la diffamation consiste à protéger la réputation de la personne, laquelle s'est vu conférer un statut quasi constitutionnel dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 :

Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique.

En outre, la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. [. . .] La publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d'un individu et un affront à sa dignité. [par. 120-121]

[58] The importance of place of reputation has long been recognized in Canadian defamation law. For example, the importance of permitting plaintiffs to sue for defamation in the locality where they enjoy their reputation was recognized by the Ontario High Court in *Jenner v. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526. In that case, McRuer C.J.H.C. found that the plaintiff would not be able to satisfactorily “clear his good name of the imputation made against him” other than by suing for defamation in the locality where he enjoyed his reputation — that is, where he lived and had his place of business and vocation in life (pp. 538 and 540).

[59] The approach adopted by McRuer C.J.H.C. is consonant with the one recently adopted in Australia (see for example the *Defamation Act 2005* (Qld.)). Prior to 2005, the choice of law rule for the tort of defamation in Australia was *lex loci delicti*, as in Canada. In 2004, acting on the recommendations of the Australian Law Reform Commission, the Attorneys General of Australia’s States and Territories agreed to enact model provisions which included a defamation-specific choice of law rule. In cases where a matter is published in more than one Australian jurisdictional area, the rule establishes that the applicable law is that of the jurisdictional area most closely connected to the harm occasioned by the publication as a whole. In determining which jurisdictional area has the closest connection with the harm, courts may take the following factors into account:

- (a) the place at the time of publication where the plaintiff was ordinarily resident or, in the case of a corporation that may assert a cause of action for defamation, the place where the corporation had its principal place of business at that time; and
 - (b) the extent of publication in each relevant Australian jurisdictional area; and
 - (c) the extent of harm sustained by the plaintiff in each relevant Australian jurisdictional area; and
 - (d) any other matter that the court considers relevant.
- (*Defamation Act 2005*, s. 11(3))

[58] Le droit canadien de la diffamation reconnaît depuis longtemps l’importance de l’endroit où la réputation est établie. Par exemple, dans *Jenner c. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526, la Haute Cour de l’Ontario a reconnu l’importance de permettre à un demandeur d’intenter une action en diffamation dans la localité où il a établi sa réputation. Dans cette affaire, le juge en chef McRuer a conclu que le demandeur ne serait en mesure de [TRADUCTION] « défendre sa réputation contre l’imputation faite à son encontre » que s’il intente une action en diffamation dans la localité où il a établi sa réputation — à savoir, là où se trouvent sa résidence et son lieu de travail et où il se consacre à ses activités (p. 538 et 540).

[59] La démarche retenue par le juge en chef McRuer aurait été compatible avec celle adoptée récemment en Australie (voir, p. cx., la *Defamation Act 2005* (Qld.)). Avant 2005, la règle relative au choix de la loi applicable en matière de diffamation en Australie était la *lex loci delicti*, comme au Canada. En 2004, suivant les recommandations de la Commission de réforme du droit de l’Australie, les procureurs généraux des États et territoires australiens ont convenu d’adopter des dispositions législatives types qui incluaient, relativement au choix de la loi applicable, une règle spécifique à la diffamation. Lorsqu’un document est diffusé dans plus d’un ressort australien, la règle établit que la loi applicable est celle du ressort le plus étroitement lié au préjudice causé par la diffusion dans son ensemble. Pour déterminer le ressort en question, les tribunaux peuvent tenir compte des facteurs suivants :

[TRADUCTION]

- a) le lieu de résidence habituelle du demandeur au moment de la diffusion ou, s’agissant d’une société qui peut faire valoir une cause d’action en diffamation, le lieu où se trouvait le principal établissement de la société à ce moment;
 - b) la portée de la diffusion dans chaque ressort australien pertinent;
 - c) la gravité du préjudice causé au demandeur dans chaque ressort australien pertinent;
 - d) toute autre question jugée pertinente par le tribunal.
- (*Defamation Act 2005*, par. 11(3))

[60] The Australian Law Reform Commission's recommendations were motivated by a concern that applying the *lex loci delicti* rule to such claims would encourage forum shopping (Law Reform Commission, Report No. 11 *Unfair Publication: Defamation and Privacy* (1979), at pp. 190-91). Concern about "forum shopping" has increased in recent years, not only in Australia, but also in England, the United States and Canada. There have been calls for the adoption in this country of an approach similar to the Australian one. In particular, if Canadian courts are not ready to accept the proper law of the tort as a rule of conflicts in defamation cases, Professor Castel has suggested the following:

For choice of law purposes, the tort of defamation should be deemed to be committed where the plaintiff suffered the *most* injury to his or her reputation, that is, where substantial damage occurred. Only one law would be relevant. For jurisdiction purposes, the plaintiff should be given a wide choice depending upon the circumstances and provided that the court hearing the case applies the proper law and not its own law as a matter of principle.

(J.-G. Castel, "Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153, at p. 177 (emphasis in original); see also C. Martin, "Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation" (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127, at pp. 149 and 158.)

[61] It should be emphasized that this proposal would not result in a change to the substantive tort of defamation. Rather, the approach already adopted in Australia and recommended by Professor Castel appears to reflect the view that when it occurs at a multistate level, the elements of the tort of defamation play different roles when the rules of jurisdiction are applied than they do when the rules of choice of law are applied. In Professor Castel's opinion, "rules of jurisdiction and of choice of law

[60] Les recommandations de la Commission de réforme du droit de l'Australie s'expliquaient par la crainte que l'application de la règle de la *lex loci delicti* à de telles actions n'encourage la recherche du tribunal le plus favorable (Law Reform Commission, Report No. 11 *Unfair Publication: Defamation and Privacy* (1979), p. 190-191). La préoccupation au sujet de la recherche du tribunal le plus favorable s'est accrue au cours des dernières années, non seulement en Australie, mais aussi en Angleterre, aux États-Unis et au Canada. Certains ont demandé qu'une approche semblable à celle de l'Australie soit adoptée au Canada. Plus particulièrement, si les tribunaux canadiens ne sont pas disposés à accepter, dans les poursuites pour diffamation, la détermination de la loi appropriée pour le délit comme règle de droit international privé, le professeur Castel a suggéré ce qui suit :

[TRADUCTION] Pour les besoins du choix de la loi applicable, le délit de diffamation devrait être réputé avoir été commis là où le demandeur a subi la *plus grande* atteinte à sa réputation, c'est-à-dire là où des dommages substantiels se sont produits. Une seule loi serait applicable. Pour les besoins de la compétence, le demandeur devrait se voir accorder un choix ample selon les circonstances et à la condition que le tribunal saisi de l'affaire applique, en principe, la loi appropriée et non sa propre loi.

(J.-G. Castel, « Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes? » (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153, p. 177 (en italique dans l'original); voir aussi C. Martin, « Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127, p. 149 et 158.)

[61] Il convient de souligner que cette proposition n'aurait pas pour effet d'apporter un changement au délit matériel de diffamation. La démarche déjà retenue en Australie et recommandée par le professeur Castel semble plutôt indiquer que, lorsque le délit de diffamation se manifeste dans plusieurs États, ses éléments constitutifs exercent des fonctions différentes selon qu'il s'agit d'appliquer les règles de compétence ou les règles relatives au choix de la loi applicable. Comme l'a écrit le professeur

address different concerns and . . . the test of place of publication should not always be used for both purposes” (p. 154).

[62] In the case at bar, whether we apply the *lex loci delicti* rule or consider the location of the most substantial harm to reputation, the applicable law is that of Ontario and not Quebec. As a result, whichever approach is adopted, this factor favours Ontario in the *forum non conveniens* analysis. In this case, nothing turns on the question of whether *lex loci delicti* ought to be abandoned as the choice of law rule in multijurisdictional defamation cases. For this reason, I believe it prudent to leave this issue for another day.

(d) *Juridical Advantage*

[63] The parties have also raised issues of juridical advantage. On the one hand, the appellants submit that they would be deprived of the procedural advantages of the new anti-SLAPP provisions in the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (art. 54.1 to 54.6). On the other hand, in the event that the action is stayed in Ontario and transferred to Quebec, Banro might face an argument that its claim is barred on the basis of the short one-year limitation period for defamation claims under art. 2929 of the *Civil Code of Québec*. Arguments about which law would govern the civil liability of Écosociété could also be raised under s. 3126 of the *Civil Code of Québec* and would have to be resolved by the courts of Quebec. In the end, when these factors are weighed, the balance of fairness would appear to favour Banro and I find no error, in this respect, in the judgments rendered by the courts below.

[64] Moreover, although this claim has connections to more than one forum, given the strength of the connections between the plaintiff and Ontario, it is not at all clear that the plaintiff is engaged in libel tourism and that Quebec would be a clearly more appropriate forum.

Castel, [TRANSCRIPTION] « les règles relatives à la compétence et au choix de la loi applicable visent des questions différentes et [. . .] le critère relatif au lieu de diffusion ne devrait pas toujours servir à l'une et l'autre fins » (p. 154).

[62] En l'espèce, que l'on applique la règle de la *lex loci delicti* ou que l'on envisage la loi du lieu de l'atteinte la plus substantielle à la réputation, la loi applicable est celle de l'Ontario, non pas celle du Québec. Par conséquent, quelle que soit la démarche adoptée, ce facteur milite en faveur de l'Ontario dans l'analyse du *forum non conveniens*. Comme il n'est pas nécessaire, pour trancher la question dont nous sommes saisis, de déterminer s'il convient d'abandonner la *lex loci delicti* comme principe régissant le choix du droit applicable dans les affaires de diffamation multi-États, j'estime qu'il vaut mieux remettre une telle analyse à une autre occasion.

d) *Avantage sur le plan juridique*

[63] Les parties ont également soulevé les questions relatives à l'avantage juridique. D'une part, les appelants prétendent qu'ils seraient privés des avantages procéduraux des nouvelles dispositions anti-SLAPP du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25 (art. 54.1 à 54.6). D'autre part, dans l'éventualité d'une suspension de l'instance en Ontario et de son transfert au Québec, Banro pourrait se voir opposer que son action est prescrite par application de l'art. 2929 du *Code civil du Québec*. Des arguments, fondés sur l'art. 3126 du *Code civil du Québec*, pourraient également être soulevés en ce qui concerne la loi applicable à la responsabilité civile d'Écosociété, et ce serait aux tribunaux québécois de se prononcer sur ceux-ci. En définitive, l'examen comparatif des facteurs relatifs à l'équité semble favoriser Banro et je ne trouve à cet égard aucune erreur dans les jugements des juridictions inférieures.

[64] Bien que la présente action ait des liens avec plus d'un ressort, compte tenu de la solidité du lien entre la demanderesse et l'Ontario, il n'est pas du tout évident que cette dernière pratique le tourisme diffamatoire et que le Québec serait un ressort nettement plus approprié.

[65] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the respondent: McCague Borlack, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Holmes & King, Vancouver.

[65] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intimée : McCague Borlack, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Holmes & King, Vancouver.

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage and Raymond G. H. Seitz *Appellants*

v.

Conrad Black *Respondent*

- and -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage and Raymond G. H. Seitz *Appellants*

v.

Conrad Black *Respondent*

- and -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage and Raymond G. H. Seitz *Appellants*

v.

Conrad Black *Respondent*

- and -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage and Raymond G. H. Seitz *Appellants*

v.

Conrad Black *Respondent*

- and -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, Graham W.

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage et Raymond G. H. Seitz *Appellants*

c.

Conrad Black *Intimé*

- et -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage et Raymond G. H. Seitz *Appellants*

c.

Conrad Black *Intimé*

- et -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage et Raymond G. H. Seitz *Appellants*

c.

Conrad Black *Intimé*

- et -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage et Raymond G. H. Seitz *Appellants*

c.

Conrad Black *Intimé*

- et -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, Graham W.

Savage, Raymond G. H. Seitz and Paul B. Healy *Appellants*

v.

Conrad Black *Respondent*

- and -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage, Raymond G. H. Seitz, Shmuel Meitar and Henry A. Kissinger *Appellants*

v.

Conrad Black *Respondent*

and

British Columbia Civil Liberties Association *Intervener*

INDEXED AS: BREEDEN v. BLACK

2012 SCC 19

File No.: 33900.

2011: March 22; 2012: April 18.

Present: McLachlin C.J. and Binnie,* LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron,* Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel actions commenced in Ontario in respect of statements posted on U.S. company's website and in its annual report and republished by three Canadian newspapers — Defendants bringing motion to stay actions on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, should decline to exercise its jurisdiction on basis

* Binnie and Charron JJ. took no part in the judgment.

Savage, Raymond G. H. Seitz et Paul B. Healy *Appellants*

c.

Conrad Black *Intimé*

- et -

Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage, Raymond G. H. Seitz, Shmuel Meitar et Henry A. Kissinger *Appellants*

c.

Conrad Black *Intimé*

et

Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : BREEDEN c. BLACK

2012 CSC 19

N° du greffe : 33900.

2011 : 22 mars; 2012 : 18 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie*, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron*, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit international privé — Choix du tribunal — Juridiction compétente — Forum non conveniens — Actions en diffamation introduites en Ontario relativement à certains propos publiés sur le site Web et dans le rapport annuel d'une société américaine, et repris par trois journaux canadiens — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il

* Les juges Binnie et Charron n'ont pas participé au jugement.

of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over actions — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of actions.

B is a well-known business figure who established a reputation as a newspaper owner and publisher in Canada and internationally. While B served as the chairman of a publicly traded U.S. company, the legitimacy of certain payments that had been made to B were questioned. A special committee formed to conduct an investigation concluded that the company had made unauthorized payments to B. The committee's report was posted on the company's website, which was accessible worldwide, along with press releases containing contact information directed at Canadian media. Statements were also published in the company's annual report summarizing the committee's findings.

B commenced six libel actions in the Ontario Superior Court of Justice against the 10 appellants, who are directors, advisors and a vice-president of the company. B alleges that the press releases and reports issued by the appellants and posted on the company's website contained defamatory statements that were downloaded, read and republished in Ontario by three newspapers. He claims damages for injury to his reputation in Ontario.

The appellants brought a motion to have the actions stayed on the grounds that there was no real and substantial connection between the actions and Ontario, or, alternatively, that a New York or Illinois court was the more appropriate forum. The motion judge dismissed the motion, finding that a real and substantial connection to Ontario had been established and that Ontario was a convenient forum to hear the actions. The Ontario Court of Appeal unanimously dismissed the appeal. It found that a real and substantial connection was presumed to exist on the basis that a tort was committed in Ontario, and that the appellants had failed to rebut this presumption. It also found that there was no basis on which to interfere with the motion judge's exercise of discretion with regard to *forum non conveniens*.

Held: The appeal should be dismissed.

In the case at bar, it is necessary to engage in the real and substantial connection analysis to determine whether the Ontario court may properly assume jurisdiction

devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard des actions? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire les actions?

B est un homme d'affaires bien connu qui s'est bâti une réputation de propriétaire de journaux et d'éditeur au Canada et à l'échelle internationale. Alors qu'il était président d'une société ouverte américaine, la légitimité de certains paiements qui lui avaient été versés a été mise en doute. Un comité spécial chargé de mener une enquête a conclu que la société avait fait des paiements non autorisés à B. Le rapport du comité, ainsi que des communiqués de presse contenant des coordonnées destinées aux médias canadiens, ont été affichés sur le site Web de la société, lequel était accessible à l'échelle mondiale. Certains propos résumant les conclusions du comité ont également été publiés dans le rapport annuel de la société.

B a intenté en Cour supérieure de justice de l'Ontario six actions en diffamation contre les 10 appelants, qui sont des administrateurs, des conseillers ainsi qu'un vice-président de la société. B soutient que les communiqués de presse et les rapports publiés par les appelants et affichés sur le site Web de la société contenaient des propos diffamatoires qui ont été téléchargés, lus et repris en Ontario par trois journaux. Il réclame des dommages-intérêts pour le tort causé à sa réputation en Ontario.

Les appelants ont demandé qu'il soit sursis aux instances au motif qu'il n'y avait pas de lien réel et substantiel entre ces instances et l'Ontario ou, subsidiairement, qu'un tribunal de New York ou de l'Illinois constituait des ressorts plus appropriés. Le juge saisi de la motion a rejeté la motion, concluant qu'un lien réel et substantiel avec l'Ontario avait été établi et que l'Ontario était le lieu où il convenait d'introduire les actions. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté à l'unanimité l'appel. Elle a conclu que l'existence d'un lien réel et substantiel était présumée du fait qu'un délit avait été commis en Ontario, et que les appelants n'avaient pas réussi à réfuter cette présomption. Elle a également conclu, en ce qui concerne la doctrine du *forum non conveniens*, qu'il n'y avait aucune raison de modifier la décision rendue par le juge saisi de la motion dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Il est nécessaire en l'espèce de procéder à l'analyse du lien réel et substantiel pour déterminer si la cour ontarienne peut à bon droit se déclarer compétente pour

over the actions. The framework for the assumption of jurisdiction was recently set out by this Court in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572. The issue of assumption of jurisdiction is easily resolved in this case based on a presumptive connecting factor — the alleged commission of the tort of defamation in Ontario. It is well established in Canadian law that the tort of defamation occurs upon publication of a defamatory statement to a third party, which, in this case, occurred when the impugned statements were read, downloaded and republished in Ontario by three newspapers. It is also well established that every repetition or republication of a defamatory statement constitutes a new publication, and that the original author of the statement may be held liable for the republication where it was authorized by the author or where the republication is the natural and probable result of the original publication. The republication in the three newspapers of statements contained in press releases issued by the appellants clearly falls within the scope of this rule. In the circumstances, the appellants have not displaced the presumption of jurisdiction that results from this connecting factor.

Having found that a real and substantial connection exists between the action and Ontario, it must be determined whether the Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on the ground that the court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for the hearing of the actions. Under the *forum non conveniens* analysis, the burden is on the party raising the issue to demonstrate that the court of the alternative jurisdiction is a clearly more appropriate forum. The factors to be considered by a court in determining whether an alternative forum is clearly more appropriate are numerous and will vary depending on the context of each case. The *forum non conveniens* analysis does not require that all the factors point to a single forum, but it does require that one forum ultimately emerge as clearly more appropriate. The decision not to exercise jurisdiction and to stay an action based on *forum non conveniens* is a discretionary one, and the discretion exercised by a motion judge will be entitled to deference from higher courts, absent an error of legal principle or an apparent and serious error on the determination of relevant facts.

When the *forum non conveniens* analysis is applied to the circumstances of the instant appeal, it becomes apparent that both the courts of Illinois and Ontario are appropriate forums for the trial of the libel actions. The factors of comparative convenience and expense for the parties and witnesses, location of the parties, avoidance of a multiplicity of proceedings and conflicting

connaître des actions. Notre Cour a récemment exposé le cadre de la déclaration de compétence dans l'arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572. La question de la déclaration de compétence est facile à trancher en l'espèce, compte tenu d'un facteur de rattachement créant une présomption — le délit de diffamation qui aurait été commis en Ontario. Le droit canadien admet depuis longtemps que le délit de diffamation se manifeste dès qu'il y a diffusion d'un propos diffamatoire destiné à un tiers, laquelle, en l'espèce, a eu lieu lorsque les communiqués contestés ont été lus, téléchargés et repris en Ontario par trois journaux. Il est également bien établi que chaque répétition ou reprise d'un propos diffamatoire constitue une nouvelle diffusion, et que l'auteur initial de ce propos peut être tenu responsable de la reprise dès lors qu'il l'a autorisée ou que la reprise est le résultat naturel et probable de la diffusion initiale. La règle s'applique clairement à la reprise, par les trois journaux, des propos figurant dans les communiqués de presse émis par les appelants. Dans les circonstances, les appelants n'ont pas réfuté la présomption de compétence découlant de ce facteur de rattachement.

Après avoir conclu à l'existence d'un lien réel et substantiel entre les actions et l'Ontario, il faut déterminer si le tribunal ontarien devrait décliner compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort constitue clairement un tribunal plus approprié pour instruire les actions. Dans l'analyse relative au *forum non conveniens*, il incombe à la partie qui soulève cette question de démontrer que le tribunal de l'autre ressort constitue un tribunal nettement plus approprié. Les facteurs à prendre en compte pour déterminer si un autre tribunal est nettement plus approprié sont nombreux et varient selon le contexte de chaque affaire. L'analyse relative au *forum non conveniens* n'exige pas que ces facteurs convergent tous vers un seul et même ressort; elle exige toutefois qu'un ressort apparaisse comme étant nettement plus approprié. La décision par un tribunal de ne pas exercer sa compétence et de suspendre une action en application de la doctrine du *forum non conveniens* est une décision discrétionnaire, et en l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et grave dans l'établissement des faits pertinents, les juridictions supérieures feront preuve de déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge.

En appliquant l'analyse relative au *forum non conveniens* aux circonstances du présent pourvoi, il ressort à l'évidence que les tribunaux de l'Illinois et de l'Ontario constituent tous deux des ressorts appropriés pour l'instruction des actions en diffamation. Les facteurs du coût et de la commodité pour les parties à l'instance et leurs témoins, du lieu de résidence des parties, de

decisions, and enforcement of judgment favour the Illinois court as a more appropriate forum, whereas the factors of applicable law and fairness to the parties favour the Ontario court. In the end, however, considering the combined effect of the relevant facts, and in particular the weight of the alleged harm to B's reputation in Ontario, and giving due deference to the motion judge's decision, the Illinois court does not emerge as a clearly more appropriate forum than an Ontario court for the trial of the libel actions.

Cases Cited

Applied: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; **referred to:** *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3135.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11(2).
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. app., r. 45.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 17.02(g).

Authors Cited

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1987.
 Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: http://www.ulcc.ca/en/us/Uniform_Court_Jurisdiction+_Proceedings_Transfer_Act_En.pdf).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Juriansz and Karakatsanis J.J.A.), 2010 ONCA 547, 102 O.R. (3d) 748, 321 D.L.R. (4th) 659, 265 O.A.C. 177, 76 C.C.L.T. (3d) 52, 91 C.P.C. (6th) 94, [2010] O.J. No. 3423 (QL), 2010 CarswellOnt 5877, affirming a decision of Belobaba J. (2009), 309 D.L.R. (4th) 708, 73 C.P.C. (6th) 83, 2009 CanLII 14041, [2009] O.J.

l'opportunité d'éviter la multiplicité des recours et les décisions contradictoires, et de l'exécution du jugement, favorisent le tribunal de l'Illinois comme étant un ressort plus approprié, alors que les facteurs de la loi applicable et de l'équité envers les parties favorisent la tenue du procès en Ontario. En définitive, toutefois, compte tenu de l'effet combiné des faits de l'espèce — et en particulier du poids de l'atteinte que subirait la réputation de B en Ontario —, et en faisant preuve de la déférence qui s'impose à l'égard de la décision du juge saisi de la motion, le tribunal de l'Illinois n'apparaît pas comme un ressort nettement plus approprié qu'un tribunal de l'Ontario pour l'instruction des actions en diffamation.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; **arrêts mentionnés :** *Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, ch. 28, art. 11(2).
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. app., r. 45.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 17.02g).

Doctrine et autres documents cités

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1987.
 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne : http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform_Court_Jurisdiction+_Proceedings_Transfer_Act_Fr.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Juriansz et Karakatsanis), 2010 ONCA 547, 102 O.R. (3d) 748, 321 D.L.R. (4th) 659, 265 O.A.C. 177, 76 C.C.L.T. (3d) 52, 91 C.P.C. (6th) 94, [2010] O.J. No. 3423 (QL), 2010 CarswellOnt 5877, qui a confirmé une décision du juge Belobaba (2009), 309 D.L.R. (4th) 708, 73 C.P.C. (6th) 83, 2009 CanLII 14041,

No. 1292 (QL), 2009 CarswellOnt 1730. Appeal dismissed.

Paul B. Schabas, Ryder L. Gilliland and Erin Hoult, for the appellants Richard C. Breeden and Richard C. Breeden & Co.

Robert W. Staley and Julia Schatz, for the appellants Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage, Raymond G. H. Seitz, Paul B. Healy, Shmuel Meitar and Henry A. Kissinger.

Earl A. Cherniak, Q.C., Kirk F. Stevens and Lisa C. Munro, for the respondent.

Robert D. Holmes, Q.C., for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

A. *Overview*

[1] This appeal concerns the manner in which the law of jurisdiction and the doctrine of *forum non conveniens*, which this Court recently reviewed in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572 (“*Club Resorts*”), are to be applied to a multistate defamation claim. The respondent, Conrad Black, filed six libel actions in the Ontario Superior Court of Justice against the 10 appellants, who are directors, advisors and a vice-president of Hollinger International, Inc. (“International”). Lord Black alleges that certain statements issued by the appellants and posted on International’s website are defamatory and were published in Ontario when they were downloaded, read and republished in the province by three newspapers. The appellants counter that the Ontario court should not assume jurisdiction over the actions because they are essentially American in substance or, alternatively, because the Illinois court is a more appropriate forum than the Ontario court.

[2009] O.J. No. 1292 (QL), 2009 CarswellOnt 1730. Pourvoi rejeté.

Paul B. Schabas, Ryder L. Gilliland et Erin Hoult, pour les appelants Richard C. Breeden et Richard C. Breeden & Co.

Robert W. Staley et Julia Schatz, pour les appelants Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage, Raymond G. H. Seitz, Paul B. Healy, Shmuel Meitar et Henry A. Kissinger.

Earl A. Cherniak, c.r., Kirk F. Stevens et Lisa C. Munro, pour l’intimé.

Robert D. Holmes, c.r., pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

A. *Aperçu*

[1] Le présent pourvoi porte sur la manière dont les règles de droit relatives à la compétence et la doctrine du *forum non conveniens*, que notre Cour a récemment examinées dans l’arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572 (« *Club Resorts* »), doivent s’appliquer dans le cadre d’une action en diffamation multi-États. L’intimé, Conrad Black, a intenté en Cour supérieure de justice de l’Ontario six actions en diffamation contre les 10 appelants, qui sont des administrateurs, des conseillers ainsi qu’un vice-président de Hollinger International, Inc. (« International »). Lord Black soutient que certains propos publiés par les appelants et affichés sur le site Web de International sont diffamatoires et qu’ils ont été diffusés en Ontario dès lors qu’ils ont été téléchargés, lus et repris dans cette province par trois journaux. Les appelants répliquent que l’Ontario ne devrait pas se déclarer compétente à l’égard des actions parce que ce sont, en substance, des instances essentiellement américaines ou, subsidiairement, parce que le tribunal de l’Illinois constitue un ressort plus approprié que celui de l’Ontario.

[2] I find in this case that the Ontario court is entitled to assume jurisdiction as there exists a real and substantial connection between Ontario and the libel actions. Giving due deference to the motion judge's exercise of discretion, I further find that the appellants have not shown that the Illinois court is a clearly more appropriate forum for the trial of these claims. Accordingly, I would dismiss the appeal. Reaching this result requires some discussion of the relationship between the law of jurisdiction, the doctrine of *forum non conveniens* and the tort of defamation.

B. *Background Facts*

[3] Lord Black is a well-known business figure who established a reputation as a newspaper owner and publisher first in Canada, and then internationally. He was a Canadian citizen until 2001, when he abandoned his citizenship in order to accept an appointment to the British House of Lords. Until January 2004, Lord Black served as the chairman of International, a publicly traded company incorporated in Delaware and headquartered at different times in New York and Chicago. Lord Black and his Canadian associates exercised effective control over International through The Ravelston Corporation ("Ravelston") and Hollinger Inc., two privately held Ontario companies.

[4] In May 2003, a minority shareholder of International questioned the legitimacy of certain "non-compete" and "management service" payments that had been made to Lord Black or to companies under his ownership or control. International's Board of Directors formed a Special Committee to conduct an investigation ("Committee") and retained the appellant Richard C. Breeden and his consulting firm as outside legal counsel to advise the Committee. In October 2003, the Committee concluded that International had made US\$32.15 million in unauthorized "non-compete" payments to Lord Black, Hollinger Inc., and certain senior managers, and that Lord Black himself had received US\$7.2 million. The Committee completed a report

[2] Je conclus en l'espèce que le tribunal ontarien est autorisé à se déclarer compétent car il existe un lien réel et substantiel entre l'Ontario et les actions en diffamation. En faisant preuve de la déférence qui s'impose à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la motion, je conclus également que les appelants n'ont pas établi que le tribunal de l'Illinois constitue un forum nettement plus approprié pour l'instruction de ces instances. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cette décision découle de l'examen de la relation qui existe entre le droit relatif à la compétence, la doctrine du *forum non conveniens* et le délit de diffamation.

B. *Le contexte*

[3] Lord Black est un homme d'affaires bien connu qui s'est bâti une réputation de propriétaire de journaux et d'éditeur, d'abord au Canada, puis à l'échelle internationale. Il a été citoyen canadien jusqu'en 2001, date à laquelle il a répudié sa citoyenneté pour accepter une nomination à la Chambre des lords britannique. Jusqu'en janvier 2004, lord Black a occupé le poste de président du conseil de International, une société ouverte, constituée au Delaware et ayant eu son siège social, selon les époques, à New York ou Chicago. Lord Black et ses associés canadiens détenaient le contrôle effectif de International par l'intermédiaire de The Ravelston Corporation (« Ravelston ») et Hollinger Inc., deux sociétés fermées de l'Ontario.

[4] En mai 2003, un actionnaire minoritaire de International a mis en doute la légitimité de certains paiements versés à lord Black ou à des sociétés dont il détenait la propriété ou le contrôle dans le cadre d'ententes de « non-concurrence » et de « services de gestion ». Le conseil d'administration de International a chargé un comité spécial (« comité ») de mener une enquête et a retenu les services de Richard C. Breeden, l'un des appelants, et de son cabinet-conseil pour agir en tant que conseiller juridique externe auprès du comité. En octobre 2003, le comité a conclu que International avait fait des paiements non autorisés de « non-concurrence » totalisant 32,15 millions de dollars américains à lord Black, à Hollinger Inc. et à certains gestionnaires

in August 2004. Pursuant to a U.S. consent order relating to an injunctive complaint filed by the U.S. Securities and Exchange Commission (“SEC”) against International in Illinois, the SEC and the U.S. District Court for the Northern District of Illinois were provided with the report; it was also posted on International’s website.

[5] Lord Black filed six actions in the Ontario Superior Court of Justice between February 2004 and March 2005. The first four actions relate to press releases that were posted on International’s website in January 2004 (the first three actions) and May 2004 (the fourth action). The fifth action relates to the Committee’s report, and the sixth relates to statements published in International’s annual report summarizing the Committee’s findings. The press releases contained contact information directed at Canadian media. International’s website was accessible worldwide.

[6] Lord Black alleges that the press releases and reports issued by the appellants and posted on International’s website contained defamatory statements that were downloaded, read and republished in Ontario by *The Globe and Mail*, the *Toronto Star* and the *National Post*. He claims damages for injury to his reputation in Ontario. The allegations contained in the press releases posted on International’s website were summarized as follows by the motion judge ((2009), 309 D.L.R. (4th) 708, at para. 16):

- Black took money from [International] in the form of unauthorized non-compete payments, improperly enriching himself;
- Black misappropriated more than US \$200 million from [International] by engaging in repeated and systematic schemes to wrongfully divert corporate assets to himself and his associates;

principaux, et que lord Black lui-même avait reçu 7,2 millions de dollars américains. Le rapport du comité a été rédigé en août 2004. À la suite d’une ordonnance sur consentement prononcée aux États-Unis en relation avec une demande d’injonction présentée par la Securities and Exchange Commission des États-Unis (« SEC ») à l’encontre de International en Illinois, la SEC et la Cour de district des États-Unis pour le district du nord de l’Illinois ont obtenu le rapport; celui-ci a également été affiché sur le site Web de International.

[5] Entre février 2004 et mars 2005, lord Black a introduit six actions en Cour supérieure de justice de l’Ontario. Les quatre premières poursuites ont trait à des communiqués de presse affichés sur le site Web de International en janvier 2004 (les trois premières poursuites) et en mai 2004 (la quatrième poursuite). La cinquième poursuite porte sur le rapport du comité, et la sixième vise les communiqués publiés dans le rapport annuel de International résumant les conclusions du comité. Les communiqués de presse contenaient des coordonnées destinées aux médias canadiens. Le site Web de International était accessible à l’échelle mondiale.

[6] Lord Black soutient que les communiqués de presse et les rapports publiés par les appelants et affichés sur le site Web de International contenaient des propos diffamatoires qui ont été téléchargés, lus et repris en Ontario par le *Globe and Mail*, le *Toronto Star* et le *National Post*. Il réclame des dommages-intérêts pour le tort causé à sa réputation en Ontario. Le juge saisi de la motion a résumé comme suit les allégations figurant dans les communiqués de presse affichés sur le site Web de International ((2009), 309 D.L.R. (4th) 708, par. 16) :

[TRADUCTION]

- M. Black a soutiré de l’argent à [International] sous forme de versements non autorisés de non-concurrence, s’enrichissant personnellement de façon irrégulière;
- M. Black a détourné plus de 200 millions de dollars américains de [International] en recourant de façon répétée et systématique à des stratagèmes en vue de détourner injustement à son profit et au profit de ses associés des éléments d’actif de la société;

- Black presided over a corporate kleptocracy that was engaged in a systematic, willful and deliberate looting of [International];
- Black created an entity in which ethical corruption was a defining characteristic of the leadership team;
- Black misled the board, breached his fiduciary duties, engaged in self-dealing, lined his pockets at the expense of [International] almost every day, engaged in tax evasion, and used company money to make millions of dollars worth of charitable donations in his own name;
- Black took US \$500 million from [International] for himself and his associates;
- Black would continue to use his position as the controlling shareholder to act to the detriment of [International] and its public shareholders and in breach of US securities law.
- M. Black présidait une cleptocratie d'entreprise dont l'activité consistait à piller [International] de façon systématique, volontaire et délibérée;
- M. Black a fondé une entité où l'immoralité était une caractéristique intrinsèque de l'équipe qui en assumait la direction;
- M. Black a induit en erreur le conseil d'administration, a manqué à ses obligations de fiduciaire, a commis des délits d'initié, s'est rempli les poches aux dépens de [International] presque quotidiennement, a pratiqué l'évasion fiscale et utilisé l'argent de la société pour faire en son nom propre des dons de charité valant des millions de dollars;
- M. Black a empoché 500 millions de dollars américains de [International] pour son bénéficiaire personnel et celui de ses associés;
- M. Black a usé de façon continue de sa position d'actionnaire de contrôle pour agir au détriment de [International] et de ses actionnaires publics, et en contravention des lois américaines sur les valeurs mobilières.

[7] The appellants brought a motion to have the six libel actions stayed on the grounds that there was no real and substantial connection between the actions and Ontario or, alternatively, that a New York or Illinois court was the more appropriate forum. At the hearing before this Court, counsel for the appellants argued that an Illinois court was the most appropriate forum.

[8] Five of the appellants are defendants in all six of the actions; namely, Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, Graham W. Savage and Raymond G. H. Seitz. James R. Thompson and Richard D. Burt are defendants in the first four actions. Paul B. Healy is a defendant in the fifth action and James R. Thompson, Richard D. Burt, Shmuel Meitar and Henry A. Kissinger are defendants in the sixth action. Mr. Savage lives in Ontario and Mr. Meitar in Israel; the remainder of the appellants live in the U.S., including three in Connecticut (Mr. Breeden, Richard C. Breeden & Co. and Mr. Kissinger), two in New York (Mr. Paris and Mr. Healy) and one each in Illinois (Mr. Thompson), the District of Columbia (Mr. Burt) and New Hampshire (Mr. Seitz). The parties did

[7] Les appelants ont demandé qu'il soit sursis aux six instances en diffamation au motif qu'il n'y avait pas de lien réel et substantiel entre ces instances et l'Ontario ou, subsidiairement, qu'un tribunal de New York ou de l'Illinois constituait des ressorts plus appropriés. À l'audience devant notre Cour, l'avocat des appelants a soutenu qu'un tribunal de l'Illinois constituait le ressort le plus approprié.

[8] Cinq des appelants agissent en défense dans chacune des six poursuites, soit, Richard C. Breeden, Richard C. Breeden & Co., Gordon A. Paris, Graham W. Savage et Raymond G. H. Seitz. James R. Thompson et Richard D. Burt ont été constitués comme défendeurs dans les quatre premières poursuites. Paul B. Healy a été ajouté comme défendeur dans la cinquième, et James R. Thompson, Richard D. Burt, Shmuel Meitar ainsi que Henry A. Kissinger l'ont été dans la sixième. M. Savage vit en Ontario et M. Meitar en Israël; les autres appelants vivent aux États-Unis, dont trois au Connecticut (M. Breeden, Richard C. Breeden & Co. et M. Kissinger), deux à New York (M. Paris et M. Healy) et un en Illinois (M. Thompson), un dans le district de Columbia (M. Burt) et un autre

not differentiate between the six actions for the purposes of the motion; nor did the courts below.

[9] It should be noted that in addition to this litigation, several other civil and criminal proceedings were commenced in both the U.S. and Canada following the release of the Committee's report. In 2007, Lord Black was convicted of three counts of mail fraud and one count of obstruction of justice and sentenced to six and a half years in prison. Two of the convictions for mail fraud were later vacated on appeal. The argument that these convictions are relevant to the litigation since they affect Lord Black's admissibility into Canada was made in the courts below. In June 2011, subsequent to the hearing before this Court, Lord Black was resentenced to 42 months in prison. He is now incarcerated in the United States.

[10] Two civil actions commenced against Lord Black by International in Delaware and Illinois are also relevant to this litigation. The Delaware action included claims against Lord Black and Hollinger Inc. for breach of their contractual and fiduciary duties under Delaware law. The Illinois action alleges that Lord Black and his associates received more than US\$90 million in unauthorized or improperly authorized non-compete payments, and claims that management service fees paid to Ravelston and Hollinger Inc. were improperly negotiated and grossly excessive. The Illinois action was stayed pending resolution of the criminal proceedings against Lord Black. The existence of the actions in Delaware and Illinois was taken into account by the courts below.

C. *Judicial History*

- (1) Ontario Superior Court of Justice (2009), 309 D.L.R. (4th) 708 (Belobaba J.)

[11] Writing prior to the Ontario Court of Appeal's decision in *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*,

au New Hampshire (*M. Seitz*). Ni les parties ni les instances inférieures n'ont fait de distinction entre les six poursuites pour les besoins de la motion.

[9] Précisons qu'en plus de ces litiges, plusieurs autres poursuites civiles et criminelles ont été intentées tant aux États-Unis qu'au Canada à la suite de la diffusion du rapport du comité. En 2007, lord Black a été déclaré coupable de trois chefs de fraude postale et d'un chef d'entrave à la justice, et il a été condamné à six ans et demi d'emprisonnement. Deux des déclarations de culpabilité pour fraude postale ont par la suite été annulées en appel. On a fait valoir devant les instances inférieures que ces condamnations constituaient un fait pertinent quant au litige en raison de leur incidence sur l'admissibilité de lord Black au Canada. En juin 2011, postérieurement à l'audition du pourvoi par notre Cour, une nouvelle peine de 42 mois d'emprisonnement a été infligée à lord Black. Il est actuellement incarcéré aux États-Unis.

[10] Deux poursuites civiles instituées contre lord Black par International au Delaware et en Illinois sont également pertinentes quant aux litiges en l'espèce. Au Delaware, lord Black et Hollinger Inc. sont poursuivis pour manquement à leurs obligations contractuelles et fiduciaires sous le régime des lois de cet État. Dans l'action instituée en Illinois, on reproche à lord Black et à ses associés d'avoir reçu plus de 90 millions de dollars américains sous forme de versements de non-concurrence non autorisés ou indûment autorisés, et on allègue que les frais de services de gestion versés à Ravelston et Hollinger Inc. ont été négociés de façon irrégulière et sont exorbitants. L'action intentée en Illinois a été suspendue en attendant la fin des procédures criminelles intentées contre lord Black. L'existence des actions intentées au Delaware et en Illinois a été prise en compte par les tribunaux d'instance inférieure.

C. *Historique judiciaire*

- (1) Cour supérieure de justice de l'Ontario (2009), 309 D.L.R. (4th) 708 (le juge Belobaba)

[11] Dans ses motifs rédigés avant la publication de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario

2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721 (“*Van Breda-Charron*”), Belobaba J. considered himself to be bound to apply *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.). Applying the eight *Muscutt* factors for assumption of jurisdiction, Belobaba J. found that a real and substantial connection to Ontario had been established. First, the actions could be connected to Ontario on the basis that Lord Black was claiming damages for a tort committed in Ontario and had long-standing ties to Ontario. Second, the appellants could be connected to Ontario on the basis that it would have been reasonably foreseeable to them that the statements posted on International’s website could result in injury to Lord Black’s reputation in Ontario. Of the six remaining *Muscutt* factors, Belobaba J. considered that only one — the international nature of the case — clearly favoured the appellants. Jurisdiction *simpliciter* was thus established.

[12] Belobaba J. also found that Ontario was a convenient forum to hear the actions and that neither New York nor Illinois was clearly more appropriate. In his view, only one of the six traditional *forum non conveniens* factors — the location of key witnesses and evidence — favoured the appellants, and Belobaba J. was unable to measure the extent to which this factor weighed in their favour. Accordingly, Belobaba J. exercised his discretion to dismiss the motion to stay the actions.

(2) Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 547, 102 O.R. (3d) 748 (Doherty, Juriansz and Karakatsanis JJ.A.)

[13] In a judgment rendered subsequent to the release of its decision in *Van Breda-Charron*, the Ontario Court of Appeal unanimously dismissed the appeal brought by the appellants. Applying the approach set out in *Van Breda-Charron*, the

dans l’affaire *Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721 (l’affaire « *Van Breda-Charron* »), le juge Belobaba s’est considéré lié par l’arrêt *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.). Appliquant les huit facteurs énoncés dans cet arrêt en ce qui concerne la déclaration de compétence, le juge Belobaba a conclu qu’un lien réel et substantiel avec l’Ontario avait été établi. Premièrement, il était possible de lier les actions à l’Ontario au motif que lord Black réclamait des dommages-intérêts pour un délit commis en Ontario et qu’il y maintenait des liens depuis longtemps. Deuxièmement, il était possible d’établir un lien entre les appelants et l’Ontario en raison du fait qu’ils auraient raisonnablement pu prévoir que les communiqués affichés sur le site Web de International pouvaient nuire à la réputation de lord Black en Ontario. Parmi les six autres facteurs énoncés dans l’arrêt *Muscutt*, le juge Belobaba a estimé qu’un seul favorisait nettement les appelants, soit le caractère international de l’affaire. Le demandeur avait donc établi que la Cour supérieure de justice avait compétence pour se saisir de l’affaire.

[12] Le juge Belobaba a également conclu que l’Ontario était le lieu où il convenait d’introduire les actions et que ni New York ni l’Illinois ne constituaient un ressort nettement plus approprié. À son avis, un seul des six facteurs habituels du *forum non conveniens* favorisait les appelants, soit celui du lieu où se trouvent les témoins et les éléments de preuve clés, et le juge Belobaba n’a pu déterminer dans quelle mesure ce facteur penchait en leur faveur. En conséquence, le juge Belobaba a exercé son pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande de suspension des instances.

(2) Cour d’appel de l’Ontario, 2010 ONCA 547, 102 O.R. (3d) 748 (les juges Doherty, Juriansz et Karakatsanis)

[13] Dans un jugement postérieur à la publication de sa décision dans l’affaire *Van Breda-Charron*, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté à l’unanimité l’appel interjeté par les appelants. Appliquant la méthode retenue dans *Van Breda-Charron*, la Cour

Court of Appeal found that a real and substantial connection was presumed to exist on the basis that a tort was committed in Ontario, pursuant to rule 17.02(g) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. The appellants had failed to rebut this presumption. The Court of Appeal found that the existence of a real and substantial connection was also supported by the principles of fairness and order and the “general principles” identified in *Van Breda-Charron*. While the Court of Appeal did not consider it to be necessary to determine whether a “targeting” approach should be adopted in Canadian law, it nonetheless found that there was evidence on the record that the appellants did target and direct their statements at Ontario.

[14] With regard to *forum non conveniens*, the Court of Appeal found that there was no basis on which to interfere with the motion judge’s exercise of discretion. In the Court of Appeal’s view, Belobaba J. had correctly set out the relevant factors and was entitled to determine the significance he would give to each one. Accordingly, the appeal was dismissed.

II. Analysis

A. *Position of the Parties*

[15] The appellants allege that Lord Black is a libel tourist. In their view, the “place of reading” approach to libel should be eschewed in cases involving transnational libel claims in favour of an approach that considers whether a real and substantial connection exists between the forum and the *substance* of the action. In the case of a libel claim, that is the subject matter and conduct giving rise to the words complained of and the context in which they were made. The appellants contend that the substance of Lord Black’s actions is American and that both New York and Illinois are clearly more appropriate forums for the trial of the actions than Ontario.

d’appel s’est appuyée sur l’al. 17.02g) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour conclure que l’existence d’un lien réel et substantiel était présumée du fait qu’un délit avait été commis en Ontario. Les appelants n’avaient pas réussi à réfuter cette présomption. La Cour d’appel a conclu que l’existence d’un lien réel et substantiel reposait aussi sur les principes d’équité et d’ordre et sur les [TRADUCTION] « principes généraux » énoncés dans *Van Breda-Charron*. Bien que la Cour d’appel n’ait pas estimé nécessaire de trancher la question de savoir s’il convenait d’adopter la notion de « stratégie de la cible » en droit canadien, elle a tout de même conclu que la preuve au dossier démontrait que les appelants avaient effectivement ciblé l’Ontario et qu’ils y avaient dirigé leurs communiqués.

[14] En ce qui concerne la doctrine du *forum non conveniens*, la Cour d’appel a conclu qu’il n’y avait aucune raison de modifier la décision rendue par le juge saisi de la motion dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. De l’avis de la Cour d’appel, le juge Belobaba avait énoncé correctement les facteurs pertinents et il pouvait décider de l’importance à accorder à chacun. En conséquence, l’appel a été rejeté.

II. Analyse

A. *Position des parties*

[15] Les appelants soutiennent que lord Black pratique le tourisme diffamatoire. Selon eux, l’approche dite [TRADUCTION] « du lieu de lecture » en matière de diffamation devrait, dans des actions transnationales, être écartée au profit d’une démarche fondée sur l’existence d’un lien réel et substantiel entre le ressort et le *fond* de l’action. Dans une action en diffamation, l’objet de la poursuite, la conduite ayant donné lieu aux propos reprochés et le contexte dans lequel ils ont été publiés sont des questions de fond. Les appelants prétendent que les actions intentées par lord Black sont américaines quant au fond et que New York et l’Illinois sont tous deux des ressorts nettement plus appropriés que l’Ontario pour l’instruction de ces instances.

[16] The appellants also reject the focus of the courts below on damage sustained in the jurisdiction as misplaced and contend that the analogy to product liability cases is inappropriate. In addition, they submit that whether or not the “targeting” approach is adopted in Canadian law, there was an insufficient basis to make such a finding on these facts. With regard to choice of law, the appellants reject the use by the courts below of the *lex loci delicti* test. In their view, *lex loci delicti* is ill-suited to transnational defamation claims if it is determined solely on the basis of where damage occurs, as damage may occur in multiple jurisdictions. The appellants submit that American law should be applied to the actions, reflecting their substance.

[17] Lord Black rejects the allegation that he is a libel tourist. He submits that when properly applied to transnational defamation claims, the real and substantial connection test is satisfied where (a) there is substantial publication in the jurisdiction, (b) the plaintiff has a substantial reputation to protect in the jurisdiction, and (c) the defendant is in a position to reasonably foresee substantial publication in the jurisdiction and to know of the plaintiff’s substantial reputation there. In Lord Black’s view, the courts below correctly applied this test to find that all three conditions were satisfied on the facts of this case.

[18] Lord Black also contends that the approach advocated by the appellants would improperly shift the focus of Canada’s defamation law from the reputation of the plaintiff to the conduct of the defendant. With regard to choice of law, Lord Black submits that this Court has established that *lex loci delicti* is the choice of law rule for tort claims. In libel cases, that is the place of publication, which in this case is Ontario.

[16] Les appelants soutiennent également que les instances inférieures ont à tort mis l’accent sur le ressort dans lequel les dommages ont été subis et font valoir qu’il est inapproprié de faire une analogie avec les affaires mettant en cause la responsabilité du fabricant. Ils soutiennent en outre qu’indépendamment de l’adoption en droit canadien de la notion de « stratégie de la cible », en l’espèce, une conclusion en ce sens ne repose sur aucun fondement factuel. À propos du choix de la loi applicable, les appelants rejettent l’application du critère de la *lex loci delicti* par les tribunaux d’instance inférieure. Selon eux, ce critère convient mal pour les actions transnationales en diffamation dans la mesure où la loi applicable est déterminée uniquement en fonction du lieu où les dommages peuvent se manifester, étant donné qu’ils peuvent se manifester dans de nombreux ressorts. Les appelants soutiennent que le droit applicable aux actions est le droit américain, en raison des questions de fond qu’elles soulèvent.

[17] Lord Black se défend de pratiquer le tourisme diffamatoire. Il soutient qu’il est satisfait au critère du lien réel et substantiel, s’il est correctement appliqué aux actions transnationales en diffamation, lorsque a) la diffusion dans le ressort est importante, b) le plaignant a dans le ressort une bonne réputation à protéger et c) le défendeur est en mesure de prévoir raisonnablement une diffusion importante dans le ressort et de connaître la bonne réputation du plaignant en cet endroit. Selon lord Black, les tribunaux d’instance inférieure ont appliqué correctement ce critère pour conclure que les trois conditions étaient remplies, compte tenu des faits de l’espèce.

[18] Lord Black soutient également que l’approche préconisée par les appelants détournerait indûment l’attention que porte le droit canadien de la diffamation à la réputation de plaignant pour la faire porter plutôt sur la conduite du défendeur. En ce qui concerne le choix de la loi applicable, lord Black fait valoir que notre Cour a établi que la règle de la *lex loci delicti* est celle qui doit prévaloir dans les actions en responsabilité délictuelle. Dans les affaires de diffamation, la loi applicable est celle du lieu de diffusion, soit, en l’espèce, l’Ontario.

B. *Jurisdiction Simpliciter*

[19] Presence and consent are the two traditional bases of court jurisdiction in private international law. As discussed above, however, in this case, only one of the 10 defendants is resident in Ontario and none of the other nine has consented to submit to the jurisdiction of the Ontario court. It is therefore necessary to engage in the real and substantial connection analysis to determine whether the Ontario court may properly assume jurisdiction over the six libel actions brought by Lord Black. The framework for the assumption of jurisdiction was recently set out by this Court in *Club Resorts*.

[20] The issue of the assumption of jurisdiction is easily resolved in this case based on a presumptive connecting factor — the alleged commission of the tort of defamation in Ontario. It is well established in Canadian law that the tort of defamation occurs upon publication of a defamatory statement to a third party. In this case, publication occurred when the impugned statements were read, downloaded and republished in Ontario by three newspapers. It is also well established that every repetition or republication of a defamatory statement constitutes a new publication. The original author of the statement may be held liable for the republication where it was authorized by the author or where the republication is the natural and probable result of the original publication (R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, at pp. 253-54). In my view, the republication in the three newspapers of statements contained in press releases issued by the appellants clearly falls within the scope of this rule. In the circumstances, the appellants have not displaced the presumption of jurisdiction that results from this connecting factor.

[21] Having established that there is a real and substantial connection between Ontario and the libel actions, I must now turn to the question of whether the Ontario court *should* exercise jurisdiction over the actions — the issue of *forum non conveniens*.

B. *Simple reconnaissance de la compétence*

[19] En droit international privé, la compétence de la cour s'appuie traditionnellement sur deux fondements, la présence et le consentement. Comme nous l'avons vu cependant, un seul des 10 défendeurs réside en Ontario et aucun des neuf autres n'a consenti à se soumettre à la compétence de la cour ontarienne. Il devient donc nécessaire de procéder à l'analyse du lien réel et substantiel pour déterminer si la cour ontarienne peut à bon droit se déclarer compétente pour connaître des six actions en diffamation introduites par lord Black. Notre Cour a récemment exposé le cadre de la déclaration de compétence dans l'arrêt *Club Resorts*.

[20] En l'espèce, la question de la déclaration de compétence est facile à trancher compte tenu du facteur de rattachement créant une présomption — le délit de diffamation qui aurait été commis en Ontario. Le droit canadien admet depuis longtemps que le délit de diffamation se manifeste dès qu'il y a diffusion d'un propos diffamatoire destiné à un tiers. En l'espèce, il y a eu diffusion lorsque les communiqués contestés ont été lus, téléchargés et repris en Ontario par trois journaux. Il est également bien établi que chaque répétition ou reprise d'un communiqué diffamatoire constitue une nouvelle diffusion. L'auteur initial du communiqué peut être tenu responsable de la reprise dès lors qu'il l'a autorisée ou que la reprise est le résultat naturel et probable de la diffusion initiale (R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, p. 253-254). À mon avis, la règle s'applique clairement à la reprise, par les trois journaux, des propos figurant dans les communiqués de presse émis par les appelants. Dans les circonstances, les appelants n'ont pas réfuté la présomption de compétence découlant de ce facteur de rattachement.

[21] Après avoir établi l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'Ontario et les actions en diffamation, je dois maintenant aborder la question de savoir si le tribunal ontarien *devrait* exercer sa compétence pour entendre les actions — la question du *forum non conveniens*.

C. *Forum Non Conveniens*

[22] Having found that a real and substantial connection exists between the actions and Ontario, I must now determine whether the Ontario court should nonetheless decline to exercise its jurisdiction on the ground that a court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for the hearing of the actions. The appellants contend that Illinois is a clearly more appropriate forum than Ontario. For the reasons that follow, I disagree.

[23] Under the *forum non conveniens* analysis, the burden is on the party raising the issue to demonstrate that the court of the alternative jurisdiction is a clearly more appropriate forum (*Club Resorts*, at para. 103). The factors to be considered by a court in determining whether an alternative forum is clearly more appropriate are numerous and variable. While they are a matter of common law, they have also been codified, for example, in a non-exhaustive list in s. 11(2) of the British Columbia *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28. That Act and others are themselves based on a uniform Act proposed by the Uniform Law Conference of Canada (*Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22; *Club Resorts*, at paras. 105-6), the *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“*CJPTA*”). Section 11 of the *CJPTA* states:

11(1) After considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice, a court may decline to exercise its territorial competence in the proceeding on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding.

(2) A court, in deciding the question of whether it or a court outside [enacting province or territory] is the more appropriate forum in which to hear a proceeding, must consider the circumstances relevant to the proceeding, including:

- (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum;

C. *Forum non conveniens*

[22] Après avoir conclu à l'existence d'un lien réel et substantiel entre les actions et l'Ontario, je dois maintenant déterminer si le tribunal ontarien devrait néanmoins décliner compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort constitue clairement un tribunal plus approprié pour instruire les actions. Les appelants soutiennent que l'Illinois est un ressort nettement plus approprié que l'Ontario. Pour les motifs qui suivent, je ne souscris pas à cette conclusion.

[23] Dans l'analyse relative au *forum non conveniens*, il incombe à la partie qui soulève cette question de démontrer que le tribunal de l'autre ressort constitue un tribunal nettement plus approprié (*Club Resorts*, par. 103). Les facteurs à prendre en compte pour déterminer si un autre tribunal est nettement plus approprié sont nombreux et variables. Bien qu'ils émanent de la common law, ils ont aussi été codifiés, par exemple dans une liste non exhaustive au par. 11(2) de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, ch. 28, de la Colombie-Britannique. Cette loi, tout comme d'autres lois, est inspirée d'une loi uniforme proposée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (*Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, par. 22; *Club Resorts*, par. 105-106) — la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (« *LUCTRI* »). L'article 11 de la *LUCTRI* est ainsi libellé :

11(1) Après avoir pris en considération l'intérêt des parties à une instance et les fins de la justice, le tribunal peut refuser d'exercer sa compétence territoriale à l'égard de l'instance si, à son avis, il conviendrait mieux qu'un tribunal d'un autre État entende l'instance.

(2) Lorsqu'il détermine si c'est lui ou un tribunal à l'extérieur de [province ou territoire qui adopte la Loi] qui constitue le ressort approprié pour entendre l'instance, le tribunal doit prendre en considération les circonstances pertinentes, notamment :

- a) dans quel ressort il serait plus commode et moins coûteux pour les parties à l'instance et leurs témoins d'être entendus;

- (b) the law to be applied to issues in the proceeding;
- (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings;
- (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts;
- (e) the enforcement of an eventual judgment; and
- (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole. [Text in brackets in original.]

[24] As the drafters of the *CJPTA* confirm in their comments on s. 11, the factors enumerated in s. 11(2) reflect “factors that have been expressly or implicitly considered by courts in the past”. Section 11 of the *CJPTA* is also similar to the *forum non conveniens* provision of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and the factors considered by Quebec courts in exercising their discretion under that provision. Article 3135 of the *Civil Code* states:

Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide.

[25] As stated in *Club Resorts*, the use of the term “exceptionally” in art. 3135, like “clearly more appropriate” forum, reflects “an acknowledgment that the normal state of affairs is that jurisdiction should be exercised once it is properly assumed” (para. 109). The factors most commonly considered by Quebec courts in exercising this discretion were reviewed in *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001, where the Quebec Court of Appeal established that the relevant considerations include, among others, the following factors which are not individually determinative but must be considered globally (para. 18):

- (1) the place of residence of the parties and witnesses;

- b) la loi à appliquer aux questions en litige;
- c) le fait qu’il est préférable d’éviter la multiplicité des instances judiciaires;
- d) le fait qu’il est préférable d’éviter que des décisions contradictoires soient rendues par différents tribunaux;
- e) l’exécution d’un jugement éventuel;
- f) le fonctionnement juste et efficace du système judiciaire canadien dans son ensemble. [Texte entre crochets dans l’original.]

[24] Comme les rédacteurs de la *LUCTRI* le confirment dans leurs commentaires portant sur l’art. 11, les facteurs énumérés au par. 11(2) sont des « facteurs qui ont déjà été expressément ou implicitement pris en considération par les tribunaux ». L’article 11 de la *LUCTRI* est aussi semblable à la disposition du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, portant sur le *forum non conveniens*, et reprend les facteurs examinés par les tribunaux du Québec dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire au titre de cette disposition. L’article 3135 du *Code civil* est ainsi libellé :

Bien qu’elle soit compétente pour connaître d’un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d’une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d’un autre État sont mieux à même de trancher le litige.

[25] Ainsi que notre Cour l’a affirmé dans *Club Resorts*, le terme « exceptionnellement » utilisé à l’art. 3135, tout comme l’expression tribunal « nettement plus approprié », reflète « une reconnaissance du fait qu’en règle générale, le tribunal doit exercer sa compétence lorsqu’il se déclare à juste titre compétent » (par. 109). Les facteurs les plus souvent pris en compte par les tribunaux du Québec dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire ont été examinés dans l’arrêt *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001, où la Cour d’appel du Québec a établi que, parmi les critères pertinents, il y a lieu d’examiner notamment les facteurs suivants, dont aucun n’est déterminant en soi, mais qui doivent être évalués globalement (par. 18) :

- (1) le lieu de résidence des parties et des témoins;

- | | |
|--|---|
| (2) the location of the evidence; | (2) la situation des éléments de preuve; |
| (3) the place of formation and execution of the contract; | (3) le lieu de formation et d'exécution du contrat; |
| (4) the existence of proceedings pending between parties in another jurisdiction and the stage of any such proceeding; | (4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action; |
| (5) the location of the defendant's assets; | (5) la situation des biens appartenant au défendeur; |
| (6) the applicable law; | (6) la loi applicable au litige; |
| (7) the advantage conferred on the plaintiff by its choice of forum; | (7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi; |
| (8) the interests of justice; | (8) l'intérêt de la justice; |
| (9) the interests of the two parties; | (9) l'intérêt des deux parties; |
| (10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction. | (10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger. |

[26] With the exception of juridical advantage, the *Oppenheim* factors appear to largely correspond to the factors enumerated in s. 11(2) of the *CJPTA*. The *CJPTA* does not provide for consideration of any factor corresponding to the advantage conferred on the plaintiff by its choice of forum, although it also does not specifically exclude consideration of this factor where it is relevant. This approach is consistent with this Court's observation in *Club Resorts* that an emphasis on juridical advantage may be inconsistent with the principles of comity. In particular, a focus on juridical advantage may put too strong an emphasis on issues that may reflect only differences in legal tradition which are deserving of respect, or courts may be drawn too instinctively to view disadvantage as a sign of inferiority and favour their home jurisdiction (para. 112).

[27] Juridical advantage not only is problematic as a matter of comity, but also, as a practical matter, may not add very much to the jurisdictional

[26] À l'exception de l'avantage juridique, les facteurs énoncés dans *Oppenheim* semblent correspondre étroitement aux facteurs énumérés au par. 11(2) de la *LUCTRI*. Cette loi ne prévoit pas la prise en compte d'un facteur correspondant à l'avantage dont jouit le demandeur dans le for choisi, bien qu'elle ne l'exclue pas expressément lorsque ce facteur est pertinent. Ce point de vue s'harmonise bien avec le commentaire de notre Cour dans *Club Resorts*, selon lequel mettre l'accent sur l'avantage juridique serait incompatible avec les principes de la courtoisie. Plus particulièrement, il se peut que l'accent mis sur l'avantage juridique incite les tribunaux à accorder trop d'importance à des questions tenant uniquement aux différences de tradition juridique et qui commandent la déférence, ou encore à considérer spontanément le désavantage juridique comme un signe d'infériorité du forum concurrent et à favoriser le tribunal interne (par. 112).

[27] L'avantage juridique pose non seulement problème quant à la courtoisie, mais peut aussi, en pratique, constituer un exercice superflu dans

analysis. As this Court emphasized in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, “[a]ny loss of advantage to the foreign plaintiff must be weighed as against the loss of advantage, if any, to the defendant in the foreign jurisdiction if the action is tried there rather than in the domestic forum” (p. 933). Juridical advantage therefore should not weigh too heavily in the *forum non conveniens* analysis.

[28] In addition to the list of factors that a court may consider in determining whether to decline to exercise its jurisdiction, the *CJPTA* also sets out the role that considerations of fairness to both parties play in the *forum non conveniens* analysis: s. 11(1) states that “[a]fter considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice, a court may decline to exercise its territorial competence in the proceeding on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding”. While the factors relevant to the *forum non conveniens* analysis will vary depending on the context of each case, s. 11 of the *CJPTA* serves as a helpful reference.

[29] When the *forum non conveniens* analysis is applied to the circumstances of the instant appeal, it becomes apparent that both the courts of Illinois and Ontario are appropriate forums for the trial of the libel actions. Indeed, many of the relevant factors favour proceeding in Illinois. Others favour a trial in Ontario. In the end, however, giving due deference to the motion judge’s exercise of discretion, I am not convinced that the appellants have established that the Illinois court emerges as a *clearly* more appropriate forum and that the motion judge made a reviewable error. I will consider each of the relevant factors in turn.

l’analyse relative à la compétence. Comme l’a souligné notre Cour dans *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, « [I]a perte d’avantages subie par le demandeur à l’étranger doit être mise en balance avec la perte d’avantages, s’il en est, que subirait le défendeur devant le tribunal étranger au cas où l’action serait jugée par celui-ci et non par le tribunal interne » (p. 933). Il convient donc de ne pas accorder trop d’importance à l’avantage juridique dans l’analyse relative au *forum non conveniens*.

[28] Outre la liste des facteurs que le tribunal peut prendre en compte pour déterminer s’il y a lieu de décliner compétence, la *LUCTRI* définit également le rôle que jouent, dans l’analyse relative au *forum non conveniens*, les considérations d’équité envers les parties. Le paragraphe 11(1) prévoit en effet qu’« [a]près avoir pris en considération l’intérêt des parties à une instance et les fins de la justice, le tribunal peut refuser d’exercer sa compétence territoriale à l’égard de l’instance si, à son avis, il conviendrait mieux qu’un tribunal d’un autre État entende l’instance ». Bien que les facteurs pertinents quant à l’analyse relative au *forum non conveniens* varient selon le contexte de chaque affaire, l’art. 11 de la *LUCTRI* constitue une référence utile.

[29] En appliquant l’analyse relative au *forum non conveniens* aux circonstances du présent pourvoi, il ressort à l’évidence que les tribunaux de l’Illinois et de l’Ontario constituent tous deux des ressorts appropriés pour l’instruction des actions en diffamation. En fait, bon nombre de facteurs pertinents militent en faveur de la tenue du procès en Illinois. D’autres facteurs favorisent la tenue du procès en Ontario. En définitive, toutefois, en faisant preuve de la déférence qui s’impose à l’égard de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la motion, je ne suis pas convaincu que les appelants ont établi que le tribunal de l’Illinois apparaît comme un ressort *nettement* plus approprié et que le juge saisi de la motion a commis une erreur donnant lieu à révision. Je vais examiner successivement chacun des facteurs pertinents.

(1) Comparative Convenience and Expense for Parties and Witnesses

[30] In my view, the comparative convenience and expense for the parties and their witnesses favours a trial in Illinois. First, as the motion judge found, most of the witnesses and the bulk of the evidence are located in the U.S. It is significant in this regard that International was headquartered, at least for a time, in Illinois. In addition and as the motion judge noted, rule 45 of the *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C. app., facilitates the movement of witnesses and evidence between states. The location of the witnesses and evidence thus makes a trial in Illinois more convenient than a trial in Ontario.

[31] The same can be said of the location of the parties. While no single jurisdiction is home to a majority of the parties, it is significant that nine of the eleven parties, including Lord Black, reside in the U.S. Indeed, Lord Black is currently incarcerated in Florida. Moreover, owing to his criminal convictions and the fact that he abandoned his Canadian citizenship, Lord Black will not be able to enter Canada without the special permission of the Minister of Citizenship and Immigration even once he has finished serving his sentence. It may be, however, that a writ of *habeas corpus ad testificandum* could allow Lord Black to participate in person in a trial held in the U.S.; otherwise, Lord Black would have to participate through video conferencing. As for the eight appellants who reside in the U.S., they are spread between different states, but it does not appear that financial considerations would impede the ability of any of them to participate in a trial in Illinois.

(2) Applicable Law

[32] In the companion case of *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636, I discuss the implications of choice of law in the context of multistate defamation claims. Without resolving the issue, I note that there is

(1) Le coût et la commodité pour les parties à l'instance et leurs témoins

[30] J'estime que le coût et la commodité pour les parties à l'instance et leurs témoins militent en faveur de la tenue d'un procès en Illinois. Tout d'abord, comme l'a conclu le juge saisi de la motion, la plupart des témoins et la majeure partie des éléments de preuve se trouvent aux États-Unis. À cet égard, il est révélateur que International ait eu son siège, pendant un certain temps du moins, en Illinois. De plus et comme l'a fait remarquer le juge saisi de la motion, la règle 45 des *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C. app., facilite le déplacement des témoins et des éléments de preuve entre les États. Le lieu de résidence des témoins et l'emplacement des éléments de preuve font en sorte qu'il serait plus commode de tenir un procès en Illinois qu'en Ontario.

[31] Il en va de même du lieu de résidence des parties. Bien que la majorité des parties n'habitent pas dans un même ressort, il est révélateur que neuf des onze parties, y compris lord Black, résident aux États-Unis. En fait, lord Black est présentement incarcéré en Floride. De plus, puisqu'il a été déclaré coupable d'actes criminels et qu'il a répudié la citoyenneté canadienne, lord Black ne pourra pas rentrer au Canada sans l'autorisation spéciale du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration même une fois sa peine purgée. Il se peut toutefois qu'un bref d'*habeas corpus ad testificandum* lui permette de participer en personne à un procès tenu aux États-Unis, à défaut de quoi il devrait y participer par vidéoconférence. Les huit appelants résidant aux États-Unis proviennent de différents États, mais il ne semble pas que des considérations de nature financière les empêcheraient de participer à un procès tenu en Illinois.

(2) La loi applicable

[32] Dans l'arrêt connexe *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636, j'analyse les conséquences du choix de la loi applicable dans le contexte d'actions en diffamation multi-États. Sans trancher la question,

some question as to whether the *lex loci delicti* rule, according to which the applicable law is that of the place where the tort occurred, ought to be abandoned in favour of an approach based on the location of the most harm to reputation. I need not address this issue here as, even under the alternative approach examined in *Éditions Écosociété*, the applicable law is that of Ontario.

[33] Indeed, this case is somewhat unique in that Lord Black has undertaken not to bring any libel action in any other jurisdiction, and has limited his claim to damages to his reputation in Ontario. As a result, only harm resulting from publication in Ontario need be considered. The evidence establishing Lord Black's reputation in Ontario is significant. As the motion judge found, while Lord Black is no longer ordinarily resident in Ontario, he spent most of his adult life in Ontario, first established his reputation as a businessman in Ontario, is a member of the Order of Canada, the Canadian Business Hall of Fame and the Canadian Press Hall of Fame, and is the subject of five books written by Toronto-area authors. Lord Black's close family also lives in Ontario. Lord Black's undertaking and the evidence of his reputation in Ontario therefore suggest that, under the "most substantial harm to reputation" approach discussed in *Éditions Écosociété*, Ontario law should be applied to the libel actions. Alternatively, as the alleged tort of defamation was committed in Ontario, under *lex loci delicti*, Ontario law would also apply. In the circumstances, the applicable law factor supports proceedings in Ontario.

(3) Avoidance of a Multiplicity of Proceedings and Conflicting Decisions

[34] The Delaware and Illinois civil actions raise concerns about a multiplicity of legal proceedings. The motion judge accepted that neither of those actions involves a libel claim. He also accepted, however, that the focus of the trial of the libel actions

je signale qu'il faut se demander si la règle de la *lex loci delicti* — selon laquelle la loi applicable est celle du lieu du délit — devrait être abandonnée et remplacée par une approche fondée sur le lieu où la réputation a subi la plus grande atteinte. Je n'ai pas à me prononcer sur ce point en l'espèce car, même selon l'approche examinée dans *Éditions Écosociété*, la loi applicable est celle de l'Ontario.

[33] En fait, la présente affaire s'avère quelque peu particulière, en ce sens que lord Black s'est engagé à ne pas intenter d'action en diffamation dans un autre ressort et qu'il a entrepris sa poursuite en justice uniquement à l'égard de l'atteinte à sa réputation subie en Ontario. Par conséquent, il faut prendre uniquement en considération le préjudice causé par la diffusion en Ontario. La preuve établissant la réputation de lord Black en Ontario est substantielle. Comme l'a conclu le juge saisi de la motion, bien que lord Black ne réside plus habituellement en Ontario, il a vécu la majeure partie de sa vie adulte dans cette province. Il s'y est établi une réputation d'homme d'affaires. Il est membre de l'Ordre du Canada, du Temple de la renommée de l'entreprise canadienne, du Temple de la renommée de la presse canadienne, et il a fait l'objet de cinq ouvrages écrits par des auteurs de la région de Toronto. Sa famille immédiate vit également en Ontario. Selon l'approche de l'« atteinte la plus substantielle à la réputation » analysée dans l'arrêt *Éditions Écosociété*, l'engagement de lord Black et la preuve de sa réputation en Ontario indiquent donc qu'il convient d'appliquer la loi ontarienne aux actions en diffamation. Par ailleurs, comme le délit de diffamation reproché a été commis en Ontario, la loi ontarienne s'appliquerait également selon la règle de la *lex loci delicti*. Dans les circonstances, le facteur de la loi applicable favorise la tenue du procès en Ontario.

(3) Éviter la multiplicité des recours et les décisions contradictoires

[34] Les actions civiles intentées au Delaware et en Illinois soulèvent des craintes relatives à la multiplicité des recours. Le juge saisi de la motion a reconnu que ni l'une ni l'autre de ces actions ne concernent une réclamation pour diffamation. Il a

will be the truth of what was said in the allegedly defamatory statements, which would also appear to be the very substance of the Delaware and Illinois civil actions. Many of the same transactions that will need to be proven through intensive litigation in the course of the Delaware and Illinois civil actions will likely also need to be proven in the libel actions. The differing form of these actions should not be emphasized at the expense of their substance. This suggests that there may be a risk of conflicting judgments, a consideration that favours the Illinois court as a more appropriate forum.

(4) Enforcement of Judgment

[35] Lord Black appears to concede that an Ontario judgment would be unenforceable in the U.S. He contends, however, that this factor should have no bearing on the *forum non conveniens* analysis because the lack of an actual malice requirement in Canadian defamation law affords him a legitimate juridical advantage. As discussed above, juridical advantage should not weigh too heavily in the *forum non conveniens* analysis. This caution is especially significant in a case such as this, where the American actual malice requirement reflects a deeply rooted and distinctive legal tradition that this Court has declined to adopt (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 137), but which comity requires we respect in foreign jurisdictions. Moreover, even if this advantage to Lord Black were taken into account, it would have to be balanced against the corresponding and very significant juridical disadvantage that the appellants would face if the trial were to proceed in Ontario. As a result, the fact remains that an Ontario judgment would be enforceable against only one of the 10 appellants. On balance, this is an indication that an Illinois court may be a more appropriate forum for the actions to be heard in than an Ontario court.

cependant également accepté que le point central des actions en diffamation portera sur la véracité des communiqués censément diffamatoires, ce qui semble également constituer le fond même des actions civiles intentées au Delaware et en Illinois. Bon nombre des mêmes opérations dont la preuve nécessitera d'intenses débats dans le cadre des actions civiles au Delaware et en Illinois devront probablement être également prouvées dans le cadre des actions en diffamation. La forme différente que prennent ces actions ne devrait pas l'emporter sur leur fond. Des jugements contradictoires risquent donc d'être rendus, ce qui favorise le tribunal de l'Illinois comme étant le ressort le plus approprié.

(4) L'exécution du jugement

[35] Lord Black semble admettre qu'un jugement ontarien ne serait pas exécutoire aux États-Unis. Il soutient toutefois que ce facteur ne devrait avoir aucune incidence sur l'analyse relative au *forum non conveniens* parce que l'absence, en droit canadien de la diffamation, d'une exigence concernant la malveillance véritable lui confère un avantage juridique légitime. Comme je l'ai déjà indiqué, il convient de ne pas accorder trop d'importance à l'avantage juridique dans l'analyse relative au *forum non conveniens*. Cette prudence est particulièrement de mise dans une affaire comme en l'espèce, où l'exigence d'une malveillance véritable en droit américain reflète une tradition juridique distinctive et profondément enracinée que notre Cour a refusé d'adopter (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 137), mais que la courtoisie nous commande de respecter à l'étranger. De plus, même si cet avantage conféré à lord Black était pris en compte, il faudrait l'évaluer en fonction du désavantage juridique correspondant et très important que les appellants subiraient si le procès devait avoir lieu en Ontario. Par conséquent, il demeure qu'un jugement ontarien ne serait exécutoire que contre l'un des 10 appelants. Tout bien pesé, cela indique que l'Illinois peut constituer un ressort plus approprié que l'Ontario pour l'instruction des actions en diffamation.

(5) Fairness to the Parties

[36] This Court observed in *Club Resorts* that in addition to seeking to assure the efficacy of the litigation process, the doctrine of *forum non conveniens* also seeks to assure fairness to both parties. The courts below agreed that the balance of fairness favours litigation in Ontario because it would be unfair to prevent Lord Black from suing in the community in which his reputation was established, whereas there would be no unfairness to the appellants if the actions were to proceed in Ontario because it would have been reasonably foreseeable to them that posting the impugned statements on the internet and targeting the Canadian media would cause damage to Lord Black's reputation in Ontario. I would agree, although I would also emphasize that the question of whether a targeting approach should be adopted in Canadian law does not arise on this appeal. As discussed above, the importance of permitting a plaintiff to sue for defamation in the locality where he enjoys his reputation has long been recognized in Canadian defamation law. Given the importance of his reputation in Ontario, this factor weighs heavily in favour of Lord Black.

III. Conclusion

[37] In the end, some of the factors relevant to the *forum non conveniens* analysis favour the Illinois court, while others favour the Ontario court. The *forum non conveniens* analysis does not require that all the factors point to a single forum or involve a simple numerical tallying up of the relevant factors. However, it does require that one forum ultimately emerge as *clearly* more appropriate. The party raising *forum non conveniens* has the burden of showing that his or her forum is *clearly* more appropriate. Also, the decision not to exercise jurisdiction and to stay an action based on *forum non conveniens* is a discretionary one. As stated in *Club Resorts*, the discretion exercised by a motion judge in the *forum non conveniens* analysis "will be entitled to deference from higher courts, absent an error of law or a clear and serious error in the determination of relevant facts" (para. 112). In the

(5) L'équité envers les parties

[36] Notre Cour a fait observer dans *Club Resorts* qu'en plus de vouloir garantir l'efficacité du processus judiciaire, la doctrine du *forum non conveniens* vise à assurer l'équité envers les deux parties. Les tribunaux d'instance inférieure ont convenu que l'équité favorise la tenue du procès en Ontario parce qu'il serait injuste d'empêcher lord Black d'intenter une action dans la communauté au sein de laquelle il a établi sa réputation, alors que l'instruction des actions en Ontario n'entraînerait aucune iniquité envers les appelants parce que ceux-ci auraient raisonnablement pu prévoir que l'affichage des communiqués contestés sur Internet et le ciblage des médias canadiens porteraient atteinte à la réputation de lord Black en Ontario. Je suis d'accord, mais je tiens aussi à souligner que la question de l'opportunité d'adopter la notion de stratégie de la cible en droit canadien ne se pose pas dans le présent pourvoi. Comme je l'ai déjà indiqué, le droit canadien reconnaît depuis longtemps l'importance de permettre à un demandeur d'intenter une action en diffamation dans la localité où il jouit d'une réputation. Vu l'importance de la réputation dont lord Black bénéficie en Ontario, ce facteur le favorise fortement.

III. Conclusion

[37] Pour conclure, certains des facteurs pertinents dans l'analyse relative au *forum non conveniens* favorisent la tenue du procès en Illinois, alors que d'autres facteurs favorisent sa tenue en Ontario. L'analyse relative au *forum non conveniens* n'exige pas que ces facteurs convergent tous vers un seul et même ressort ou que l'on procède à un simple décompte numérique de ceux-ci. Elle exige toutefois qu'un ressort apparaisse comme étant *nettement* plus approprié. La partie qui soulève la doctrine du *forum non conveniens* a le fardeau d'établir que son ressort est *nettement* plus approprié. De plus, la décision par un tribunal de ne pas exercer sa compétence et de suspendre une action en application de la doctrine du *forum non conveniens* est une décision discrétionnaire. Comme l'a souligné la Cour dans *Club Resorts*, « [e]n l'absence d'une erreur de droit ou d'une

absence of such an error, it is not the role of this Court to interfere with the motion judge's exercise of his discretion.

[38] Considering the combined effect of the relevant facts, and in particular the weight of the alleged harm to Lord Black's reputation in Ontario, and giving due deference to the motion judge's decision, as I must, I conclude that an Illinois court does not emerge as a clearly more appropriate forum than an Ontario court for the trial of the libel actions brought against the appellants by Lord Black. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Richard C. Breeden and Richard C. Breeden & Co.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the appellants Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage, Raymond G. H. Seitz, Paul B. Healy, Shmuel Meitar and Henry A. Kissinger: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lerner, Toronto.

Solicitors for the intervener: Holmes & King, Vancouver.

erreur manifeste et grave dans l'établissement des faits pertinents [. . .], les juridictions supérieures feront preuve de déférence » (par. 112) à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la motion dans l'analyse relative au *forum non conveniens*. En l'absence d'une telle erreur, il n'appartient pas à la Cour de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la motion.

[38] Compte tenu de l'effet combiné des faits de l'espèce — et en particulier du poids de l'atteinte que subirait la réputation de lord Black en Ontario —, et en faisant preuve de la déférence qui s'impose à l'égard de la décision du juge saisi de la motion, je conclus qu'un tribunal de l'Illinois n'apparaît pas comme un ressort nettement plus approprié qu'un tribunal de l'Ontario pour l'instruction des actions en diffamation intentées contre les appelants par lord Black. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants Richard C. Breeden et Richard C. Breeden & Co. : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des appelants Gordon A. Paris, James R. Thompson, Richard D. Burt, Graham W. Savage, Raymond G. H. Seitz, Paul B. Healy, Shmuel Meitar et Henry A. Kissinger : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lerner, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Holmes & King, Vancouver.

City of Calgary *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: CALGARY (CITY) v. CANADA

2012 SCC 20

File No.: 33804.

2011: November 15; 2012: April 26.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Goods and services tax — Single supply or multiple supplies — City acquiring and constructing transit facilities — City claiming and receiving public service body rebates for portion of GST paid — City also claiming input tax credits in respect of GST paid on purchases made for transit facilities — Whether acquisition and construction of transit facilities constituting an exempt supply, a taxable supply or both — Whether “transit facilities services” a taxable supply to the Province separate from exempt supply of “public transit services” to public — City Transportation Act, R.S.A. 2000, c. C-14 — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 123(1), 169(1), Sched. V, Part VI, ss. 1, 24.

The City of Calgary acquired and constructed transit infrastructure, facilities, and equipment for the use of the Calgary public as part of the municipal transit system pursuant to the *City Transportation Act*, R.S.A. 2000, c. C-14 (“CTA”). Under the CTA, the Province of Alberta entered into funding agreements with the City. The City paid GST in respect of its purchases for the acquisition and construction of the transit facilities. The provision of a “municipal transit service” is an exempt supply under the terms of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”). Input tax credits (“ITCs”) cannot be claimed with respect to purchases made for the purpose of providing an exempt supply. Prior to 2003, the City claimed public service body

Ville de Calgary *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : CALGARY (VILLE) c. CANADA

2012 CSC 20

N° du greffe : 33804.

2011 : 15 novembre; 2012 : 26 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Fourniture unique ou fournitures multiples — Ville ayant acquis et construit des installations de transport — Demande et obtention d'un remboursement à titre d'organisme de services publics d'une partie de la TPS payée par la ville — Crédit de taxe sur les intrants demandé en outre par la ville relativement à la TPS acquittée sur ses achats liés aux installations de transport — L'acquisition et la construction des installations de transport constituent-elles une fourniture exonérée, une fourniture taxable, ou les deux? — Les « services liés aux installations de transport » correspondent-ils à une fourniture taxable à la province distincte de la fourniture exonérée de « services de transport en commun » à la population? — City Transportation Act, R.S.A. 2000, ch. C-14 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 123(1), 169(1), ann. V, partie VI, art. 1, 24.

La ville de Calgary a acquis et construit des infrastructures, des installations et du matériel de transport devant être intégrés au réseau municipal de transport mis à la disposition de ses résidents, conformément à la *City Transportation Act*, R.S.A. 2000, ch. C-14 (« CTA »). Sous le régime de la CTA, la province d'Alberta a conclu avec la ville des accords de financement. La ville a acquitté la TPS exigible sur les achats faits dans le cadre de l'acquisition et de la construction des installations de transport. La fourniture d'un « service municipal de transport » est une fourniture exonérée suivant la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »). Aucun crédit de taxe sur les intrants (« CTI ») ne peut être accordé pour un achat

rebates for 57.14% of the GST paid. In January 2003, the City filed a GST return in which it claimed ITCs for the difference between the GST paid for the transit facilities and the rebates that the City had previously received. The Minister of National Revenue rejected the City's position denying the City's claim for ITCs; the Tax Court of Canada agreed with the City, allowing the appeal and remitted the matter to the Minister for reassessment. The Federal Court of Appeal allowed the Minister's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The question in this appeal is whether the acquisition and construction of the transit facilities constituted an exempt supply only, or whether it also, or instead, constituted a taxable supply. The City asserts it made two supplies: (1) operating the transit facilities on the one hand ("public transit services"), and (2) constructing, acquiring, and making transit facilities available to Calgary citizens ("transit facilities services"), on the other. The City claims that its "transit facilities services" are a separate, taxable supply, the recipient of which is the Province, thus entitling it to input tax credits.

Guidance on the question of whether there were one or two supplies in this case may be drawn from the way in which courts have dealt with whether a supplier has made a single supply comprised of a number of constituent elements, or multiple supplies of separate goods and/or services. The test to determine whether a particular set of facts reveals single or multiple supplies for the purposes of the *ETA* is whether, in substance and reality, the alleged separate supply is an integral part, integrant or component of the overall supply. One should look at the degree to which the services alleged to constitute a single supply are interconnected, the extent of their interdependence and intertwining, whether each is an integral part or component of a composite whole. The question of whether two elements constitute a single supply or two or multiple supplies requires an analysis of the true nature of the transactions and it is a question of fact determined with a generous application of common sense. Work preparatory to, or in order to make a supply, does not become a separate service subject to GST.

effectué aux fins d'une fourniture exonérée. Jusqu'en 2003, la ville a demandé un remboursement à titre d'organisme de services publics de 57,14 % de la TPS payée. En janvier 2003, elle a produit une déclaration de TPS dans laquelle elle demandait un CTI pour la différence entre la TPS payée sur les installations de transport et le remboursement obtenu précédemment. Le ministre du Revenu national a rejeté sa demande, lui refusant tout CTI. La Cour canadienne de l'impôt a donné raison à la ville, a accueilli l'appel et a renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel du ministre.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si l'acquisition et la construction des installations de transport constituaient seulement une fourniture exonérée ou si elles constituaient également — ou constituaient plutôt — une fourniture taxable. La ville prétend avoir effectué deux fournitures : (1) l'exploitation des installations de transport (« services de transport en commun »), d'une part, et (2) leur construction, leur acquisition et leur mise à la disposition des citoyens de Calgary (« services liés aux installations de transport »), d'autre part. Elle soutient que ses « services liés aux installations de transport » constituent une fourniture distincte et taxable dont l'acquéreur est la province, ce qui lui donne droit au crédit de taxe sur les intrants.

Pour déterminer s'il y a eu une ou deux fournitures en l'espèce, on peut s'inspirer de la manière dont les tribunaux ont tranché la question de savoir si un fournisseur avait effectué une fourniture unique comportant un certain nombre d'éléments ou des fournitures multiples de biens ou de services distincts. Le critère servant à déterminer si un ensemble de faits donné révèle l'existence d'une fourniture unique ou de fournitures multiples pour les besoins de la *LTA* consiste à se demander si, au fond et en réalité, la prétendue fourniture distincte fait partie intégrante de la fourniture globale ou en constitue un élément. Il faut examiner dans quelle mesure les services qui constitueraient une fourniture unique sont liés les uns aux autres, l'étendue de leur interdépendance et de leur enchevêtrement, et si chacun des services fait partie intégrante d'un ensemble composite. Déterminer si deux éléments forment soit une fourniture unique, soit deux ou de multiples fournitures requiert l'analyse de la nature véritable des opérations, et il s'agit d'une question de fait qui commande une généreuse dose de bon sens. Les travaux préparatoires ou nécessaires à la fourniture ne deviennent pas un service distinct assujéti à la TPS.

Here, the true nature of the City's "transit facilities services" was work of a preparatory nature to the supply of a municipal transit service to the public. Transit facilities were constructed, acquired, and made available in order to supply a municipal transit service to the Calgary public. This would point to the "transit facilities services" being in fact a component of the overall supply of "public transit services" to the Calgary public. The leading separate supply cases do not contemplate a situation, such as in this case, in which there are allegedly two recipients of the supply or supplies. To determine whether the Province received any service or benefit from the City, the nature of the respective obligations of the City and Province under the funding agreements, having regard to the statutory context, must be analyzed. Here, nothing in the *CTA* provides for the supply, by the City, of any goods, services, or other benefit to the Province. Further, the City's compliance with the accountability measures under the funding agreements with the Province did not amount to the provision of any goods, services, or benefit to the Province.

Accordingly, the City made only one supply: the exempt supply of a municipal transit system. The City's activities of acquiring, constructing, and making public transit facilities available for the Calgary public, did not fall within its "commercial activit[ies]", under s. 123(1) of the *ETA*. The City is not entitled to claim ITCs for GST paid for the acquisition and construction of the transit facilities. The *ETA* demonstrates that Parliament intended for public service bodies to receive rebates at specified rates for the GST that they pay in the course of making exempt supplies.

Cases Cited

Approved: *O.A. Brown Ltd. v. Canada*, [1995] G.S.T.C. 40; *Maritime Life Assurance Co. v. R.*, [2000] G.S.T.C. 89; **explained:** *Commission scolaire Des Chênes v. Ministre du Revenu national*, 2001 FCA 264, 286 N.R. 264; **referred to:** *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Hidden Valley Golf Resort Assn. v. R.*, [2000] G.S.T.C. 42; *Gin Max Enterprises Inc. v. R.*, 2007 TCC 223, [2007] G.S.T.C. 56; *Corp. des Loisirs de Neufchâtel v. R.*, 2006 TCC 339, [2008] G.S.T.C. 153.

Statutes and Regulations Cited

City Transportation Act, R.S.A. 2000, c. C-14, ss. 1 "transportation facility", "transportation system", 2, 3, 4(1), (6), 6(1), (2), 7.

De par leur nature véritable, les « services liés aux installations de transport » de la ville étaient en l'espèce préparatoires à la fourniture d'un service municipal de transport à la population. Les installations de transport ont été construites, acquises et mises à disposition en vue de la fourniture d'un service municipal de transport aux résidents de Calgary. Dès lors, les « services liés aux installations de transport » constitueraient en fait un élément de la fourniture globale de « services de transport en commun » aux citoyens de Calgary. Les décisions de principe sur le sujet ne visent pas la situation où, comme en l'espèce, il y aurait deux acquéreurs de la ou des fournitures. Pour déterminer si la province a obtenu un service ou un avantage de la ville, il faut analyser la nature des obligations qui incombent respectivement à la ville et à la province suivant les accords de financement, compte tenu du contexte législatif. En l'occurrence, aucune disposition de la *CTA* ne prévoit la fourniture par la ville d'un bien, d'un service ou d'un autre avantage à la province. Qui plus est, l'observation par la ville de ses obligations de nature comptable suivant les accords de financement ne peut être assimilée à la fourniture d'un bien, d'un service ou d'un avantage à la province.

Par conséquent, il n'y a eu qu'une seule fourniture par la ville : celle, exonérée, d'un réseau municipal de transport. L'activité de la ville consistant à acquérir et à construire les installations de transport en commun, ainsi qu'à les mettre à la disposition de la population de Calgary, ne constitue pas une « activité commerciale » au sens du par. 123(1) de la *LTA*. La ville n'a pas droit au CTI pour la TPS acquittée à l'occasion de l'acquisition et de la construction des installations de transport. Il ressort de la *LTA* que le législateur a voulu qu'un organisme de services publics se voit rembourser, selon un pourcentage établi, la TPS payée dans le cadre de la réalisation d'une fourniture exonérée.

Jurisprudence

Arrêts approuvés : *O.A. Brown Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 678 (QL); *Canada c. Maritime Life Assurance Co.*, 2000 CanLII 16374; **arrêt expliqué :** *Commission scolaire Des Chênes c. Ministre du Revenu national*, 2001 CAF 264, 286 N.R. 264; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Hidden Valley Golf Resort Assn. c. Canada*, 2000 CanLII 15583; *Gin Max Enterprises Inc. c. La Reine*, 2007 CCI 223 (CanLII); *Corp. des Loisirs de Neufchâtel c. R.*, 2006 CCI 339, [2006] G.S.T.C. 74.

Lois et règlements cités

City Transportation Act, R.S.A. 2000, ch. C-14, art. 1 « transportation facility », « transportation system », 2, 3, 4(1), (6), 6(1), (2), 7.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 123(1) “business”, “commercial activity”, “exempt supply”, “recipient”, “service”, “supply”, 169(1), 259 [am. 2004, c. 22, s. 39(1)], Sched. V, Part VI, ss. 1 “municipal transit service”, 24.

Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26.

Public Service Body Rebate (GST/HST) Regulations, SOR/91-37, s. 5(e).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Sharlow and Pelletier J.J.A.), 2010 FCA 127, 403 N.R. 41, 74 M.P.L.R. (4th) 93, [2010] G.S.T.C. 78, 2010 G.T.C. 1043, [2010] F.C.J. No. 700 (QL), 2010 CarswellNat 1410, setting aside a decision of Rossiter A.C.J., 2009 TCC 272, [2009] G.S.T.C. 85, 2009 G.T.C. 969, [2009] T.C.J. No. 195 (QL), 2009 CarswellNat 1309. Appeal dismissed.

Ken S. Skingle, Q.C., and *D. Blair Nixon, Q.C.*, for the appellant.

Gordon Bourgard and *Michael Lema*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] The City of Calgary acquired and constructed transit infrastructure, facilities, and equipment (“facilities”) for the use of the Calgary public as part of the municipal transit system pursuant to the *City Transportation Act*, R.S.A. 2000, c. C-14 (“CTA”). Under the CTA, the Province of Alberta was authorized to share the cost of the transit system with the City, and to that end, entered into funding agreements with the City.

[2] The City paid Goods and Services Tax (“GST”) in respect of its purchases for the acquisition and construction of the transit facilities. The provision of a “municipal transit service” is

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 123(1) « acquéreur », « activité commerciale », « entreprise », « fourniture », « fourniture exonérée », « service », 169(1), 259 [mod. 2004, ch. 22, art. 39(1)], ann. V, partie VI, art. 1, « service municipal de transport », 24.

Municipal Government Act, R.S.A. 2000, ch. M-26.

Règlement sur les remboursements aux organismes de services publics (TPS/TVH), DORS/91-37, art. 5e).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Sharlow et Pelletier), 2010 CAF 127, 403 N.R. 41, 74 M.P.L.R. (4th) 93, [2010] G.S.T.C. 78, 2010 G.T.C. 1043, [2010] A.C.F. n° 700 (QL), 2010 CarswellNat 3090, qui a infirmé une décision du juge en chef adjoint Rossiter, 2009 CCI 272, [2009] G.S.T.C. 85, 2009 G.T.C. 969, [2009] A.C.I. n° 195 (QL), 2009 CarswellNat 1309. Pourvoi rejeté.

Ken S. Skingle, c.r., et *D. Blair Nixon, c.r.*, pour l’appelante.

Gordon Bourgard et *Michael Lema*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] La ville de Calgary a acquis et construit des infrastructures, des installations et du matériel de transport (« installations ») devant être intégrés au réseau municipal de transport mis à la disposition de ses résidents, conformément à la *City Transportation Act*, R.S.A. 2000, ch. C-14 (« CTA »). Sous le régime de la CTA, la province d’Alberta pouvait prendre à sa charge une partie du coût du réseau de transport et, à cette fin, elle a conclu avec la ville des accords de financement.

[2] La ville a acquitté la taxe sur les produits et services (« TPS ») exigible sur les achats faits dans le cadre de l’acquisition et de la construction des installations de transport. La fourniture d’un

an exempt supply under the terms of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“*ETA*”). Input tax credits (“ITCs”) cannot be claimed with respect to purchases made for the purpose of providing an exempt supply. However, the City took the position that the construction of the transit facilities (in contrast to their operation) was a separate, non-exempt supply to the Province, pursuant to its contractual obligations to the Province under the funding agreements, for which the Province paid consideration. It therefore claimed ITCs in respect of the purchases made for the construction of the transit facilities. The Minister of National Revenue rejected the City’s position. The Tax Court of Canada agreed with the City, allowing the appeal and remitting the matter to the Minister for reassessment. The Federal Court of Appeal allowed the Minister’s appeal.

[3] I would dismiss this appeal. The City made only one supply: the exempt supply of a municipal transit system to the public. Fulfilling the accountability obligations under the funding agreements with the Province did not result in a separate supply to the Province. The acquisition and construction of transit facilities was an input to the single supply of the municipal transit service to the Calgary public. In accordance with the *ETA*, the City had applied for and received rebates of a portion of the GST that it had paid on the facilities for the municipal transit service supply. The City was not entitled to claim ITCs in respect of the GST paid on the facilities for the municipal transit service. Therefore, it cannot recover the portion of GST paid that exceeds the rebates that it had received.

II. Facts

[4] As the Tax Court judge set out the facts thoroughly and accurately, in accordance with the evidence, the summary that follows parallels his findings closely. The City is a body corporate existing under the *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26 (“*MGA*”), and is a city for

« service municipal de transport » est une fourniture exonérée suivant la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »). Aucun crédit de taxe sur les intrants (« CTI ») ne peut être accordé pour un achat effectué aux fins d’une fourniture exonérée. La ville prétend toutefois que la construction des installations de transport (par opposition à leur exploitation) constitue une fourniture distincte et non exonérée à la province effectuée conformément aux obligations contractées vis-à-vis de celle-ci dans les accords de financement, une fourniture pour laquelle il y a eu contrepartie. La ville a donc réclamé un CTI pour les achats liés à la construction des installations de transport. Le ministre du Revenu national a rejeté la prétention de la ville. La Cour canadienne de l’impôt a donné raison à la ville et a accueilli son appel. Elle a renvoyé l’affaire au ministre afin qu’il établisse une nouvelle cotisation. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel du ministre.

[3] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Il n’y a eu qu’une seule fourniture : celle, exonérée, d’un réseau municipal de transport à la collectivité. Le fait que la ville s’est acquittée de ses obligations d’ordre comptable conformément aux accords de financement conclus avec la province ne saurait être assimilé à une fourniture distincte à cette dernière. L’acquisition et la construction des installations de transport constituaient un intrant dans la fourniture — la seule — du service municipal de transport aux résidents de Calgary. Conformément à la *LTA*, la ville avait demandé et obtenu le remboursement partiel de la TPS payée sur les installations dans le cadre de la fourniture du service municipal de transport. Elle n’avait pas droit à un CTI pour la TPS payée sur ces installations. Par conséquent, elle ne peut recouvrer la TPS versée en sus du remboursement obtenu.

II. Faits

[4] Le juge de la Cour de l’impôt expose les faits minutieusement et fidèlement, selon la preuve offerte, et le résumé qui suit reprend pour l’essentiel ses constatations. Personne morale constituée sous le régime de la *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, ch. M-26 (« *MGA* »), l’appelante est une

the purposes of the *MGA*. The *MGA* imposes both its own duties and the duties of other enactments, including the *CTA*, on the City. Under the *CTA*, the City is required to prepare a comprehensive transportation study report for the development of a public transportation system, and then, by bylaw, to establish such a system.

[5] “[T]ransportation system” is defined in s. 1(i) of the *CTA* to mean a system of transportation facilities, including streets, highways, rapid transit, and all types of transportation facilities to which the *CTA* applies, on, above and below the ground. The expression “transportation facility” is defined in s. 1(g) of the *CTA* to mean everything necessary for the efficient transportation of persons or goods in a particular manner. A “municipal transit service”, as defined in the *ETA*, is a public passenger transportation service supplied by a transit authority. The *CTA* definition of “transportation system” is broader than the *ETA* definition of “municipal transit service”, since the former includes roadways, which are not at issue in this case. In these reasons, I will refer to the Calgary public passenger transportation service as a “municipal transit service”.

[6] Under the *CTA*, each city, including the City of Calgary, is responsible for the costs of establishing and maintaining all transportation facilities subject to its direction, control, and management. However, by complying with the *CTA*, a city may qualify for financial assistance from the Province. The City entered into funding agreements with the Province, which provided for the funding of eligible transportation projects. Under the agreements, funding could only be used to pay for expenditures relating to the construction or acquisition of transit facilities that had been specifically approved by the Province. Projects approved under the agreements included, among other things, the extension of the Light Rail Transportation System (“LRT”), the acquisition of buses, LRT vehicles, and LRT communication systems. The *CTA* provides that in the absence of any agreement or statute to the contrary, title to all transportation facilities forming the

[TRADUCTION] « ville » pour l’application de cette loi. La *MGA* impose à la ville des obligations — les siennes et celles d’autres lois, dont la *CTA*, qui dispose que la ville prépare un rapport d’étude détaillé sur la mise en place d’un réseau de transport en commun puis, par voie de règlement, établit un tel réseau.

[5] Suivant l’al. 1i) de la *CTA*, [TRADUCTION] « réseau de transport » s’entend d’un réseau d’installations de transport, y compris les rues, les routes, les voies de transport rapide et les installations de transport en tous genres assujetties à cette loi, au sol, au-dessus du sol ou sous le sol. L’alinéa 1g) de la *CTA* définit « installation de transport » comme tout élément nécessaire au transport efficace de passagers ou de marchandises selon un mode particulier. La *LTA* précise que « service municipal de transport » s’entend d’un service public de transport de passagers fourni par une commission de transport. La définition de « réseau de transport » que renferme la *CTA* est plus large que celle de « service municipal de transport » prévue dans la *LTA*, puisque la première englobe les routes, lesquelles ne sont cependant pas en cause en l’espèce. Dans les présents motifs, « service municipal de transport » s’entend du service public de transport de passagers de Calgary.

[6] Sous le régime de la *CTA*, chaque ville, y compris Calgary, supporte le coût d’établissement et d’entretien des installations de transport qui relèvent d’elle. La ville peut cependant bénéficier d’une aide financière de la province si elle se conforme à la *CTA*. La ville a conclu avec la province des accords prévoyant le financement de projets admissibles en matière de transport. Suivant ces accords, les fonds ne devaient être affectés qu’aux dépenses liées à la construction ou à l’acquisition d’installations de transport dans le cadre de projets expressément approuvés par la province. Au nombre des projets ainsi approuvés, mentionnons l’expansion du réseau de train léger sur rail (« TLR »), l’acquisition d’autobus, de véhicules TLR et de systèmes de communication TLR. La *CTA* prévoit que, sauf disposition contraire d’un accord ou d’une loi, la ville est propriétaire des installations de transport qui composent le réseau de transport. En l’espèce,

transportation system vests in the City. In this case, there is no agreement or statute to the contrary.

[7] The funding agreements between the City and Province covered both roadway construction and public transit facilities. This appeal only deals with the transit facilities, since no issue of exempt supply arises in connection with roadway construction. The City and Province entered into four agreements: the Basic Capital Grant Agreement (“BCG agreement”); the Transit Capital Grant Agreement (“TCG agreement”); the City Transportation Fund Agreement (“CTF agreement”); and the Primary Highway Connectors Grant Agreement. The fourth of these concerned highway construction only. The other three agreements (together, “Agreements”) are all relevant to this appeal.

[8] Prior to March 2000, the Province provided funding to the City under the BCG and TCG agreements. These two agreements provided for the funding of eligible transportation projects, subject to provincial budgetary restrictions. The BCG and TCG agreements established an application process by which it would be determined whether the City’s proposed projects met grant eligibility criteria. The City applied for funding following this process, providing the Province with detailed financial and technical information concerning the transit projects. Once approved, the City accepted funding from the Province under the BCG and TCG agreements, subject to certain additional terms and conditions, including: an obligation to maintain separate accounting for the funds; obligations relating to the investment of the funds; an obligation to comply with timeframes for and restrictions on fund usage; an obligation to submit to audits and investigations by the Province; and when carrying out work, an obligation to comply with prevailing legislative and industry standards, and with the standards set down in the *CTA*. The City carried out all of its obligations pursuant to the BCG and TCG agreements with the Province.

[9] The City and Province entered into the third of the Agreements, the CTF agreement, in March

il n’existe aucune disposition d’un accord ou d’une loi à l’effet contraire.

[7] Les accords de financement intervenus entre la ville et la province visaient à la fois la construction des routes et les installations de transport public. Le présent pourvoi ne porte que sur les installations de transport étant donné qu’aucune question d’exonération de fourniture n’est soulevée relativement à la construction des routes. La ville et la province ont conclu quatre accords : l’accord de base de subvention d’investissement (« BSI »); l’accord de subvention d’investissement en matière de transport (« SIT »); l’accord sur le fonds de transport municipal (« FTM »); enfin, l’accord de subvention des raccordements des routes principales. Ce quatrième accord ne porte que sur la construction de routes. Ce sont les trois autres (collectivement, les « accords ») qui nous intéressent en l’espèce.

[8] Avant mars 2000, la province a versé des fonds à la ville en application des accords BSI et SIT, lesquels prévoyaient le financement de projets admissibles en matière de transport, sauf resserrement du budget de la province. Les accords BSI et SIT établissaient un processus de demande permettant de déterminer si un projet de la ville satisfaisait aux critères d’admissibilité au financement. La ville a présenté une demande de financement conformément à la procédure prévue et elle a transmis à la province des données financières et techniques détaillées sur ses projets. Une fois sa demande approuvée, la ville a accepté le financement de la province prévu dans les accords BSI et SIT et convenu de certaines conditions supplémentaires : la tenue d’une comptabilité distincte à l’égard des fonds, le respect de certaines obligations quant à l’affectation des fonds, le respect des délais et des restrictions applicables à l’utilisation des fonds, la soumission aux vérifications et aux enquêtes de la province et, dans l’exécution des travaux, l’observation des normes établies par les lois et l’industrie, ainsi que des normes de la *CTA*. La ville s’est acquittée de toutes ses obligations suivant les accords BSI et SIT.

[9] En mars 2000, la ville et la province ont conclu le troisième accord, l’accord FTM. Le

2000. Funding under this agreement was subject to terms and conditions similar to those in the BCG and TCG agreements. However, unlike those agreements, funding under the CTF agreement was not subject to provincial annual budget availability, but was based on a \$0.05 per litre tax on the delivery of gasoline and diesel products within the City of Calgary over a specified period of time. The CTF agreement also expanded the scope of eligible transit projects to include noise barriers, landscaping, upgrades to security and scheduling and communications systems for the LRT. The CTF agreement differed from the BCG and TCG agreements in several additional respects that are not relevant to this appeal. The City complied with the terms of the CTF agreement and fulfilled its obligations to the Province.

[10] In the course of completing the transit facilities under the three Agreements, the City incurred expenditures. The expenditures related to the acquisition and construction of the transportation facilities, and included the cost of extensions to the LRT system, the refurbishment of equipment, LRT vehicle rebuilds, and the acquisition of communication systems, signalling systems, buses, shuttle buses, and LRT vehicles. The City owned all of the facilities that it upgraded or acquired in the course of completing the transit projects.

[11] The City paid GST in respect of the expenditures that it incurred to construct and acquire the transit facilities. Prior to 2003, it claimed public service body rebates under s. 259 of the *ETA*, which resulted in the return by rebate of 57.14% of the GST paid by the City. In January 2003, the City filed a GST return for the period ending December 31, 2002, in which it claimed ITCs in the amount of \$6,351,967, which was the difference between the GST paid for the transit facilities and the rebates that the City had previously received. The Minister reassessed, denying the City's claim for ITCs. The City objected to the re-assessment and eventually appealed to the Tax Court of Canada.

financement qui y était prévu était assujéti à des conditions semblables à celles des accords BSI et SIT. Mais contrairement à ceux-ci, l'accord FTM prévoyait un financement qui ne dépendait pas du budget annuel de la province, mais qui était fondé sur une taxe de 0,05 \$ le litre prélevée sur la livraison d'essence et de diesel dans la ville de Calgary pendant une période donnée. L'accord FTM élargissait également la portée des projets admissibles en matière de transport de manière à englober les ouvrages antibruit, l'aménagement paysager, l'amélioration de la sécurité, ainsi que les systèmes d'établissement d'horaires et de communication pour le TLR. L'accord FTM différait des accords BSI et SIT à plusieurs autres égards qui n'importent pas aux fins du présent pourvoi. La ville a respecté les conditions de l'accord FTM et elle s'est acquittée de ses obligations envers la province.

[10] Dans la mise en place des installations de transport visées par les trois accords, la ville a engagé des dépenses liées à leur acquisition et à leur construction, y compris l'expansion du réseau TLR, la remise à neuf du matériel, la remise en état des véhicules TLR et l'acquisition de systèmes de communication, de systèmes de signalisation, d'autobus, de navettes et de véhicules TLR. La ville était propriétaire de toutes les installations modernisées ou acquises dans le cadre de la réalisation des projets en matière de transport.

[11] La ville a acquitté la TPS sur les dépenses engagées pour la construction et l'acquisition des installations de transport. Jusqu'en 2003, elle a demandé et obtenu, à titre d'organisme de services publics au sens de l'art. 259 de la *LTA*, le remboursement de 57,14 % de la TPS payée. En janvier 2003, elle a produit pour la période se terminant le 31 décembre 2002 une déclaration de TPS dans laquelle elle demandait un CTI de 6 351 967 \$, soit la différence entre la TPS payée sur les installations de transport et le remboursement obtenu précédemment. Dans une nouvelle cotisation, le ministre a refusé le CTI. La ville a fait opposition, puis elle a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt.

III. Judicial History

A. *Tax Court of Canada (Rossiter A.C.J.), 2009 TCC 272, [2009] G.S.T.C. 85*

[12] At the Tax Court of Canada, Rossiter A.C.J. found that all three requirements to claim an ITC were fulfilled: (1) the City was a registered claimant; (2) the City had paid GST in acquiring goods and services; and (3) the City had acquired goods and services in the course of “commercial activit[ies]”, as defined in the *ETA*. Of the three requirements, only the third was disputed at trial.

[13] Rossiter A.C.J. found the definition of “commercial activity” in the *ETA* to be broad enough to include the City’s performance of its obligations to the Province under the Agreements. The definition excludes the making of an exempt supply. He considered whether the construction of the transit facilities was an exempt supply, which would turn on the question of who was the recipient of the supply: the Province, or the public. If the Province was the recipient, the supply of the transit facilities would not be an exempt supply, and the City would be eligible for ITCs in respect of its GST expenditures.

[14] Rossiter A.C.J. determined that under the terms of the Agreements, funding was a legal obligation of the Province, directly linked to the City’s obligation to supply the Province with the transit facilities. He held that the Province had received from the City the service of making available for its citizens the transit facilities, in accordance with the terms of the Agreements.

B. *Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Sharlow and Pelletier J.J.A.), 2010 FCA 127, 403 N.R. 41*

[15] Pelletier J.A., for the court, concluded that the Tax Court judge erred in his conclusion that the Agreements required the City to supply a municipal transit system to the Province for the

III. Historique judiciaire

A. *Cour canadienne de l’impôt (le juge en chef adjoint Rossiter), 2009 CCI 272 (CanLII)*

[12] Le juge en chef adjoint Rossiter de la Cour canadienne de l’impôt conclut au respect des trois conditions ouvrant droit au CTI : (1) la ville est un inscrit, (2) elle a payé la TPS lors de l’acquisition de biens et de services et (3) elle a acquis des biens et des services dans le cadre d’une « activité commerciale » au sens de la *LTA*. De ces trois conditions, seule l’observation de la troisième était alors contestée.

[13] Le juge en chef adjoint Rossiter estime que la définition d’« activité commerciale » figurant dans la *LTA* est suffisamment générale pour englober l’exécution par la ville de ses obligations envers la province suivant les accords. La définition exclut la réalisation d’une fourniture exonérée. Le juge se demande si la construction des installations de transport constitue une fourniture exonérée, ce qui dépend de l’identité de l’acquéreur de la fourniture — la province ou la population? Si la province est l’acquéreur, la fourniture des installations de transport n’est pas exonérée, et la ville a droit à un CTI pour ses dépenses au titre de la TPS.

[14] Le juge en chef adjoint Rossiter statue que suivant le libellé des accords, le financement est une obligation juridique de la province et qu’il est directement lié à l’obligation de la ville de fournir à la province les installations de transport. Selon lui, la province a obtenu de la ville le service qui consiste à mettre les installations de transport à la disposition de ses citoyens, conformément aux conditions des accords.

B. *Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Sharlow et Pelletier), 2010 CAF 127 (CanLII)*

[15] Au nom de la Cour d’appel fédérale, le juge Pelletier statue que la Cour de l’impôt a eu tort de conclure que les accords exigeaient de la ville qu’elle fournisse à la province un réseau municipal

use of the Calgary public. He found that the City had a statutory obligation to establish and maintain the public transportation system described in its comprehensive transportation study and adopted in its bylaw, as approved by the Province. The Province, by contrast, had statutory authority, but no obligation, to provide the City with financial assistance. The Agreements did not require the City to provide the Province with a transportation system, but merely provided a mechanism by which the financial assistance would be administered, and accountability for public funds would be maintained. The Minister's appeal was allowed.

IV. Analysis

[16] The basic structure of the GST regime was well explained in *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445. The GST is designed to be a tax on consumption, and as such, the *ETA* contemplates three classes of goods and services: (1) taxable supplies; (2) exempt supplies; and (3) zero-rated supplies. Taxable supplies currently attract a goods and services tax of 5% (7% at the relevant time) each time they are sold. To the extent that the purchaser of a taxable supply uses that good or service in the production of other taxable supplies, that is, in the course of commercial activities, the purchaser is entitled to an ITC and can recover the tax it has paid from the government. This is to prevent the cascading of GST, and to allow the obligation to pay GST to flow through to the ultimate consumer. The other two classes of goods and services, exempt supplies and zero-rated supplies, do not attract GST from the ultimate consumer. Vendors of exempt supplies, while paying the GST on their purchases, are not entitled to ITCs. In consequence, GST is paid to the federal government at the penultimate stage in the production chain rather than by the ultimate consumer.

[17] Provincial governments are not liable to pay GST on their purchases. However, a number of subordinate entities created by the provincial governments, including municipalities, are liable to pay GST. These entities are entitled to claim ITCs to

de transport pour desservir la population de Calgary. Il estime que la ville a l'obligation légale d'établir et d'entretenir le réseau de transport en commun décrit dans le rapport d'étude détaillé en matière de transport et mis en œuvre par son règlement, selon le projet approuvé par la province. Par contre, la loi confère à la province le pouvoir de fournir à la ville une aide financière, mais elle ne l'y oblige pas. Les accords n'imposent pas à la ville l'obligation de fournir à la province un réseau de transport, mais prévoient seulement un mécanisme pour l'administration de l'aide financière et la gestion comptable des fonds publics. L'appel du ministre est accueilli.

IV. Analyse

[16] Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, la Cour explique bien la mécanique fondamentale de la TPS. S'agissant d'une taxe à la consommation, la *LTA* vise trois catégories de biens et de services : (1) les fournitures taxables, (2) les fournitures exonérées et (3) les fournitures détaxées. Une taxe sur les produits et services de 5 % frappe actuellement la vente de toute fourniture taxable (elle était alors de 7 %). L'acheteur d'une fourniture taxable qui utilise le bien ou le service pour produire une autre fourniture taxable, c'est-à-dire dans l'exercice d'une activité commerciale, a droit à un CTI et peut obtenir de l'État le remboursement de la taxe payée. Il en est ainsi pour empêcher les prélèvements successifs de TPS et permettre que l'obligation d'acquitter la TPS passe au consommateur final. En ce qui concerne les deux autres catégories de biens et de services, les fournitures exonérées et les fournitures détaxées, le consommateur final ne paie pas de TPS. Le vendeur de fournitures exonérées, bien qu'il paie la TPS sur ses achats, n'a pas droit au CTI, de sorte que la TPS est prélevée par l'État fédéral à l'avant-dernière étape de la chaîne de production, et non auprès du consommateur final.

[17] Les gouvernements provinciaux ne sont pas tenus de payer la TPS sur leurs achats. Cependant, un certain nombre d'organismes subordonnés qu'ils ont créés, telles les municipalités, y sont tenus. Ces organismes ont droit au CTI lorsque leurs achats

the extent that their purchases are used in making taxable supplies, and are eligible for public service body rebates of the GST paid on other purchases. The rebate rate for municipalities applicable at the relevant time was 57.14%: *Public Service Body Rebate (GST/HST) Regulations*, SOR/91-37, s. 5(e). (Subsequent to 2004, the municipal public service body rebate was increased to 100%: S.C. 2004, c. 22, s. 39(1), amending s. 259(1) of the *ETA*.) In the instant case, the City was eligible for and had collected public service body rebates for the GST paid in the course of constructing the transit facilities, pursuant to s. 259 of the *ETA*.

[18] The requirements for claiming an ITC are set out in s. 169(1) of the *ETA*, the portion relevant to this case being:

169. (1) Subject to this Part, where a person acquires or imports property or a service or brings it into a participating province and, during a reporting period of the person during which the person is a registrant, tax in respect of the supply, importation or bringing in becomes payable by the person or is paid by the person without having become payable, the amount determined by the following formula is an input tax credit of the person in respect of the property or service for the period:

$$A \times B$$

where

A is the tax in respect of the supply, importation or bringing in, as the case may be, that becomes payable by the person during the reporting period or that is paid by the person during the period without having become payable; and

B is

. . . .

(c) in any other case, the extent (expressed as a percentage) to which the person acquired or imported the property or service or brought it into the participating province, as the case may be, for consumption, use or supply in the course of commercial activities of the person.

servent à produire des fournitures taxables et ils sont admissibles à titre d'organismes de services publics au remboursement de la TPS payée sur d'autres achats. Au moment considéré, les municipalités avaient droit à un remboursement de 57,14 % : *Règlement sur les remboursements aux organismes de services publics (TPS/TVH)*, DORS/91-37, al. 5e). (Après 2004, le pourcentage du remboursement à un organisme municipal de services publics est passé à 100 % : L.C. 2004, ch. 22, par. 39(1), modifiant le par. 259(1) de la *LTA*.) En l'espèce, la ville, qui y avait droit, a obtenu, à titre d'organisme de services publics, le remboursement de la TPS payée dans le cadre de la construction des installations de transport, conformément à l'art. 259 de la *LTA*.

[18] Les conditions d'obtention du CTI sont énoncées au par. 169(1) de la *LTA*, dont voici l'extrait pertinent :

169. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, un crédit de taxe sur les intrants d'une personne, pour sa période de déclaration au cours de laquelle elle est un inscrit, relativement à un bien ou à un service qu'elle acquiert, importe ou transfère dans une province participante, correspond au résultat du calcul suivant si, au cours de cette période, la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable :

$$A \times B$$

où :

A représente la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert, selon le cas, qui, au cours de la période de déclaration, devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable;

B :

. . . .

c) dans les autres cas, le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la personne a acquis ou importé le bien ou le service, ou l'a transféré dans la province, selon le cas, pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales.

[19] For the purposes of this appeal, the requirements to claim an ITC are (1) the claimant is registered; (2) the claimant has acquired the goods or services for consumption, use or supply in the course of commercial activities; and (3) the claimant has paid, or is legally required to pay GST (or HST, in provinces with harmonized provincial and federal sales tax) in acquiring the goods or services. It is not disputed that the City is registered and has paid GST (in Alberta, there is no provincial sales tax) in respect of its acquisition of goods and services. The only issue is whether the City acquired the goods and services, for which it paid GST, for “consumption, use or supply” in the course of its commercial activities.

[20] “[C]ommercial activity” is defined for the purposes of the *ETA* in s. 123(1) as

(a) a business carried on . . . except to the extent to which the business involves the making of exempt supplies

[21] “Exempt supply” is defined in s. 123(1) to mean

a supply included in Schedule V [to the *ETA*].

[22] The supply of a municipal transit service to a member of the public is enumerated in Sched. V, Part VI, s. 24 of the *ETA*:

1. In this Part,

. . . .

“municipal transit service” means a public passenger transportation service (other than a charter service or a service that is part of a tour) that is supplied by a transit authority all or substantially all of whose supplies are of public passenger transportation services provided within a particular municipality and its environs;

. . . .

24. A supply made to a member of the public of a municipal transit service or of a public passenger

[19] Pour les besoins du pourvoi, rappelons les conditions d’obtention du CTI : (1) le demandeur est un inscrit, (2) il a acquis les biens ou les services pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre d’une activité commerciale et (3) il a payé — ou il y est légalement tenu — la TPS (ou la TVH dans les provinces où s’applique une taxe de vente provinciale et fédérale harmonisée) lors de l’acquisition des biens ou des services. Nul ne conteste que la ville est un inscrit et qu’elle a payé la TPS (en Alberta, il n’y a pas de taxe de vente provinciale) sur les biens et les services dont elle a fait l’acquisition. La seule question en litige est celle de savoir si la ville a acquis les biens et les services, sur lesquels elle a acquitté la TPS, pour « consommation, utilisation ou fourniture » dans le cadre de ses activités commerciales.

[20] Pour l’application de la *LTA*, le par. 123(1) dispose que l’« activité commerciale » s’entend de :

a) l’exploitation d’une entreprise [. . .] sauf dans la mesure où l’entreprise comporte la réalisation [. . .] de fournitures exonérées

[21] La même disposition définit la « fourniture exonérée » comme suit :

[f]ourniture figurant à l’annexe V [de la *LTA*].

[22] La fourniture de services municipaux de transport est mentionnée à l’art. 24 de l’ann. V, partie VI, de la *LTA* :

1. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

. . . .

« service municipal de transport » Service public de transport de passagers (sauf un service d’affrètement ou un service qui fait partie d’un voyage organisé) fourni par une commission de transport et dont la totalité, ou presque, des fournitures consistent en services publics de transport de passagers offerts dans une municipalité et ses environs.

. . . .

24. La fourniture, effectuée au profit d’un membre du public, de services municipaux de transport ou de

transportation service designated by the Minister to be a municipal transit service.

[23] A registrant may claim an ITC to the extent that GST has been paid for property used, consumed or supplied in the course of the registrant's commercial activities which, by definition, exclude the making of exempt supplies. Thus, to establish entitlement to ITCs in respect of the GST paid on transit facilities, the City must show that in acquiring, constructing and making available transit facilities, it carried on a business of making a separate, taxable supply, rather than, or in addition to, an exempt supply of a municipal transit service.

[24] “[B]usiness”, as defined in s. 123(1) of the *ETA*, includes

a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever, whether the activity or undertaking is engaged in for profit, and any activity engaged in on a regular or continuous basis that involves the supply of property by way of lease, licence or similar arrangement, but does not include an office or employment;

[25] The Tax Court judge concluded that the activities of the City under the Agreements of acquiring, constructing, and making public transit facilities available for the citizens of Calgary, constituted a “business”, as that term is broadly defined in s. 123(1), because those activities involved an “undertaking of any kind whatever”. I would agree with the Tax Court judge. I see no reason why the words “undertaking of any kind whatever” would exclude the construction of a public transit facility. Therefore, the City's activity of constructing the transit facilities would fall within the definition of “commercial activity”, except to the extent to which that activity involved the making of exempt supplies.

[26] The question in this appeal is whether the acquisition and construction of the transit facilities constituted an exempt supply only, or whether it also, or instead, constituted a taxable supply. The City asserts that it made two supplies. The first, which it has called “public transit services”, it provides in operating its transit facilities. This, it

services publics de transport de passagers désignés par le ministre comme services municipaux de transport.

[23] Un inscrit peut demander un CTI s'il a payé la TPS sur un bien utilisé, consommé ou fourni dans le cadre de ses activités commerciales, lesquelles excluent par définition la réalisation d'une fourniture exonérée. Ainsi, pour établir son droit au CTI pour la TPS payée sur les installations de transport, la ville doit montrer qu'en acquérant, en construisant et en mettant à disposition les installations de transport, elle a exploité l'entreprise consistant à effectuer une fourniture distincte taxable au lieu ou en sus de la fourniture exonérée d'un service municipal de transport.

[24] Le terme « entreprise » est défini au par. 123(1) de la *LTA* :

Sont compris parmi les entreprises les commerces, les industries, les professions et toutes affaires quelconques avec ou sans but lucratif, ainsi que les activités exercées de façon régulière ou continue qui comportent la fourniture de biens par bail, licence ou accord semblable. En sont exclus les charges et les emplois.

[25] Le juge de la Cour de l'impôt conclut que les activités exercées par la ville en application des accords, à savoir l'acquisition et la construction des installations de transport et leur mise à la disposition des citoyens de Calgary, constituent une « entreprise » suivant la définition large figurant au par. 123(1), car elles peuvent être assimilées à « toutes affaires quelconques ». Je suis d'accord. Je ne vois pas pourquoi ces mots ne viseraient pas la construction d'une installation de transport public. Par conséquent, l'activité de la ville consistant à construire les installations de transport répond à la définition d'« activité commerciale », sauf lorsqu'il s'agit de réaliser une fourniture exonérée.

[26] Il nous faut déterminer en l'espèce si l'acquisition et la construction des installations de transport constituaient seulement une fourniture exonérée ou si elles constituaient également — ou constituaient plutôt — une fourniture taxable. La ville prétend qu'il y a eu deux fournitures. La première — celle de « services de transport en

acknowledges, meets the definition of a “municipal transit service”, an exempt supply under the *ETA*. The recipient of this supply, according to the City, is the Calgary public. The second supply, which the City has called “transit facilities services”, it argues it has provided in “acquiring, constructing and making available the transit facilities to the citizens of Calgary”. The City claims that its “transit facilities services” are a separate, taxable supply, the recipient of which is the Province.

[27] Under s. 123(1) of the *ETA*, “supply” means

the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, rental, lease, gift or disposition;

[28] The term “service” is defined in s. 123(1) of the *ETA* to mean

anything other than

- (a) property,
- (b) money

[29] The Tax Court judge was satisfied that under these expansive definitions, the City had made a supply. His analysis centred on whether the supply was made to the public or to the Province. This was because he was of the view that whether the acquisition and construction of the transit facilities was an exempt supply turned on the question of who was the recipient of the supply: the Province, or the public. However, the recipient of the supply may not be dispositive of the exempt supply issue. Having determined the recipient of a supply, it still must be determined whether the supply is taxable or exempt, with reference to the applicable *ETA* definitions. Further, the learned judge did not address whether the City made one supply only, or two supplies. The issue in this appeal is what supply or supplies were made by the City, and whether the supply or supplies were taxable or exempt.

commun » — consiste dans l’exploitation de ses installations de transport, ce qui, elle le reconnaît, correspond à la définition de « service municipal de transport », dont la fourniture est exonérée suivant la *LTA*. L’acquéreur de cette fourniture serait, selon elle, la population de Calgary. La deuxième fourniture qu’elle prétend avoir effectuée — celle de « services liés aux installations de transport » — consiste dans [TRADUCTION] « l’acquisition et la construction des installations de transport et leur mise à la disposition des citoyens de Calgary ». La ville soutient que ses « services liés aux installations de transport » constituent une fourniture distincte et taxable dont l’acquéreur est la province.

[27] Suivant le par. 123(1) de la *LTA*, « fourniture » s’entend de la

livraison de biens ou prestation de services, notamment par vente, transfert, troc, échange, louage, licence, donation ou aliénation.

[28] La même disposition définit le terme « service » comme suit :

Tout ce qui n’est ni un bien, ni de l’argent, . . .

[29] Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que suivant ces définitions générales, la ville était à l’origine d’une fourniture. Dans son analyse, il s’est attaché à déterminer si la fourniture avait pour destinataire la population ou la province, car selon lui, la question de savoir si l’acquisition et la construction des installations de transport constituaient ou non une fourniture exonérée tenait à l’identité de l’acquéreur de la fourniture, à savoir la province ou la population. Or, cet élément ne règle pas nécessairement la question. Une fois déterminée l’identité de l’acquéreur, il faut encore savoir si la fourniture est taxable ou exonérée suivant les définitions en cause de la *LTA*. En outre, le juge ne s’est pas demandé s’il n’y avait qu’une seule fourniture ou s’il y en avait deux. La Cour doit aujourd’hui déterminer la nature de la ou des fournitures effectuées par la ville et s’il y a ou non assujettissement à la TPS de la ou des fournitures.

A. *Supplies Made*

[30] The distinction that the City draws is between (1) operating the transit facilities on the one hand, and (2) constructing, acquiring, and making them available, on the other. The City argues that the Province is the only recipient of the second supply, and the Calgary public is not a recipient. If the City is right, then its second supply would fall outside Sched. V, Part VI, s. 24 of the *ETA*, would be a taxable supply, and the City would be entitled to ITCs. If the City is wrong and there is only one supply of a municipal transit service to the public, then the supply is exempt and ITCs are not available.

[31] While not precisely on point, guidance on the question of whether there were one or two supplies in this case may be drawn from the way in which courts have dealt with whether a supplier has made a single supply comprised of a number of constituent elements, or multiple supplies of separate goods and/or services.

[32] In determining whether a supplier has made a single supply or multiple supplies, the relevant principles were summarized by Justice Rip (as he then was) in *O.A. Brown Ltd. v. Canada*, [1995] G.S.T.C. 40 (T.C.C.). His approach was confirmed by the Federal Court of Appeal in *Hidden Valley Golf Resort Assn. v. R.*, [2000] G.S.T.C. 42.

[33] In *O.A. Brown*, the appellant O.A. Brown Ltd. (“OAB”) bought livestock for customers, but on its own account and at its own risk, not as agent for its customers. Customers would contact OAB’s salesman to place an order specifying the type of cattle they required. OAB charged its customers disbursements, such as the cost of branding and inoculations, and a clearing commission, in addition to the cost of livestock. Livestock is a zero-rated supply for GST purposes, which means that the vendor neither pays GST on his acquisition of the livestock, nor collects it from his customers.

A. *Les fournitures réalisées*

[30] La ville établit une distinction entre (1) l’exploitation des installations de transport et (2) leur construction, leur acquisition et leur mise à disposition. Elle fait valoir que la province est l’unique acquéreur de la seconde fourniture, à l’exclusion de la population de Calgary. Si la prétention est juste, la seconde fourniture échappe à l’application de l’art. 24 de l’ann. V, partie VI, de la *LTA*, elle est taxable et la ville a droit au CTI. Si la prétention est infondée et qu’il y a seulement fourniture d’un service municipal de transport à la population, cette fourniture est exonérée et ne donne pas droit au CTI.

[31] Bien que les décisions judiciaires sur la question de savoir si un fournisseur a effectué une fourniture unique comportant un certain nombre d’éléments ou des fournitures multiples de biens ou de services distincts ne portent pas précisément sur la question en litige dans la présente affaire, on peut s’inspirer de la manière dont les tribunaux y statuent pour déterminer s’il y a eu une ou deux fournitures en l’espèce.

[32] Dans *O.A. Brown Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 678 (QL) (C.C.I.), appelé à déterminer si un fournisseur était à l’origine d’une fourniture unique ou de fournitures multiples, le juge Rip (maintenant Juge en chef de la Cour canadienne de l’impôt) a résumé les principes applicables. Son analyse a été confirmée par la Cour d’appel fédérale dans *Hidden Valley Golf Resort Assn. c. Canada*, 2000 CanLII 15583.

[33] L’appelante O.A. Brown Ltd. (« OAB ») achetait du bétail pour ses clients, mais à son nom et à ses risques, et non à titre de mandataire. Ses clients communiquaient avec un représentant pour passer commande et précisaient alors le type de bovins recherchés. Outre le coût du bétail, OAB facturait à ses clients les frais engagés, notamment pour le marquage et les inoculations, ainsi qu’une commission. Le bétail est une fourniture détaxée aux fins de la TPS, de sorte que le vendeur ne paie pas de TPS sur l’acquisition du bétail, ni n’en perçoit du client. Le ministre a établi une cotisation

The Minister assessed GST on the commission and the other disbursements. The main issue in the appeal was whether OAB supplied a service of acquiring livestock according to its customers' specifications, or whether it was supplying livestock and other supplies, in which case it should have collected and remitted GST on the other supplies.

[34] Justice Rip found that the *Value Added Tax* statute in the United Kingdom contained many provisions similar to our GST (*Value Added Tax Act* (UK), 1983, c. 55). In the English cases the issue had been defined as whether the supply in question comprises a compound supply or a multiple supply. A compound supply is a single supply with a number of constituent elements which, if supplied separately, some would have been taxed and some not. Multiple supplies are made and taxed separately.

[35] *O.A. Brown* established the following test to determine whether a particular set of facts revealed single or multiple supplies for the purposes of the *ETA*:

The test to be distilled from the English authorities is whether, in substance and reality, the alleged separate supply is an integral part, integrant or component of the overall supply. One must examine the true nature of the transaction to determine the tax consequences. [p. 40-6]

[36] When reaching his decision, Justice Rip made the following observation:

... one should look at the degree to which the services alleged to constitute a single supply are interconnected, the extent of their interdependence and intertwining, whether each is an integral part or component of a composite whole. [p. 40-6]

(Citing *Mercantile Contracts Ltd. v. Customs & Excise Commissioners*, File No. LON/88/786, U.K. (unreported).)

[37] Justice Rip also noted the importance of common sense when the determination is made. McArthur T.C.J. made a similar observation in *Gin*

au titre de la TPS sur la commission et les frais. L'appel interjeté portait principalement sur la question de savoir si OAB offrait un service d'acquisition de bétail selon les exigences de ses clients ou si elle fournissait du bétail et autre chose, auquel cas elle devait percevoir et verser la TPS sur l'autre fourniture.

[34] Le juge Rip a conclu que de nombreuses dispositions de la *Value Added Tax* du Royaume-Uni s'apparentaient aux dispositions canadiennes sur la TPS (*Value Added Tax Act* (UK), 1983, ch. 55). La jurisprudence anglaise formulait la question comme suit : la fourniture en cause est-elle mixte ou multiple? Une fourniture mixte est une fourniture unique constituée de plusieurs éléments dont certains, s'ils étaient fournis séparément, seraient taxés et d'autres pas. Les fournitures multiples sont effectuées et taxées séparément.

[35] Le critère suivant se dégage de la décision *O.A. Brown* pour déterminer si un ensemble de faits donné révèle l'existence d'une fourniture unique ou de fournitures multiples pour les besoins de la *LTA* :

Le critère qui ressort de la jurisprudence anglaise est de savoir si, au fond et en réalité, la [prétendue] fourniture séparée fait partie intégrante ou est un élément constitutif de la fourniture globale. Il faut examiner la nature véritable de l'opération pour en déterminer les attributs fiscaux. [par. 21]

[36] Pour arriver à sa conclusion, le juge Rip a fait observer ce qui suit :

... il faudrait se demander dans quelle mesure les services qui constitueraient [. . .] une fourniture unique sont liés les uns aux autres, quelle est l'étendue de leur interdépendance et de leur enchevêtrement, et si chaque service fait partie intégrante d'un ensemble [composite] . . . [par. 22]

(Citant *Mercantile Contracts Ltd. c. Customs & Excise Commissioners*, dossier n° LON/88/786, R.-U. (non publié).)

[37] Le juge Rip a également relevé l'importance de s'en remettre au bon sens pour trancher. Dans *Gin Max Enterprises Inc. c. La Reine*, 2007 CCI

Max Enterprises Inc. v. R., 2007 TCC 223, [2007] G.S.T.C. 56, at para. 18:

From a review of the case law, the question of whether two elements constitute a single supply or two or multiple supplies requires an analysis of the true nature of the transactions and it is a question of fact determined with a generous application of common sense.

[38] Applying the test, Justice Rip found that the disbursements and commission were not charged for services that were “distinct supplies, independent of the whole activity” (p. 40-8). Only if taken together did the activities of buying, branding, inoculation, and other disbursements form a useful service. He concluded:

In substance and reality, the alleged separate supply, that of a buying service, is an integral part of the overall supply, being the supply of livestock. The alleged separate supplies cannot be realistically omitted from the overall supply and in fact are the essence of the overall supply. The alleged separate supplies are interconnected with the supply of livestock to such a degree that the extent of their interdependence is an integral part of the composite whole. . . . The appellant is making a single supply of livestock and the commission and disbursements charged are part and parcel of the consideration for that supply. They do not amount to separate supplies. [pp. 40-8 to 40-9]

[39] In *O.A. Brown*, Rip J. characterized the commission, inoculation, branding and transportation costs not as distinct services but as inputs for the cattle and part of the cost of supplying the cattle. If this approach is followed, the public transit facilities would not be a separate supply, but would be an input to, or part and parcel of, the supply of the municipal transit service to the Calgary public.

[40] *Maritime Life Assurance Co. v. R.*, [2000] G.S.T.C. 89 (F.C.A.), also supports the proposition that work preparatory to, or in order to make a supply, does not become a separate service subject to GST. In *Maritime Life*, the taxpayer, Maritime Life Assurance Co., issued insurance policies

223 (CanLII), le juge McArthur, également de la Cour de l'impôt, a opiné dans le même sens :

L'examen de la jurisprudence révèle que la question de savoir si deux éléments forment une fourniture unique ou deux ou de multiples fournitures exige une analyse de la nature véritable des opérations, et il s'agit d'une question de fait tranchée avec une généreuse dose de bon sens. [par. 18]

[38] Au regard du critère, le juge Rip a conclu que les frais et la commission n'avaient pas été exigés pour des services qui constituaient des « fournitures distinctes, indépendantes de l'activité dans son ensemble » (par. 29). Les activités d'achat, de marquage, d'inoculation et autres ne formaient un service utile que si elles étaient considérées ensemble. Il a conclu :

Au fond et en réalité, la [prétendue] fourniture séparée, soit un service d'achat, fait partie intégrante de la fourniture globale, à savoir la fourniture de bétail. Il n'est pas possible, en réalité, d'enlever de la fourniture globale les [prétendues] fournitures séparées car celles-ci constituent en fait l'essence de cette fourniture. Les [prétendues] fournitures séparées sont liées à la fourniture de bétail à un point tel qu'elles font partie intégrante de l'ensemble au complet. [. . .] L'appelante effectue une fourniture unique de bétail et la commission et les [frais] exigés font partie intégrante de la contrepartie y afférente. Ils n'équivalent pas à des fournitures séparées. [par. 29]

[39] Dans *O.A. Brown*, le juge Rip a considéré que la commission et les frais d'inoculation, de marquage et de transport n'étaient pas exigés pour des services distincts, mais qu'ils constituaient des intrants du bétail et faisaient partie de ce qu'il en coûtait pour fournir le bétail. Si l'on adhère à la même démarche en l'espèce, les installations de transport en commun constituent non pas une fourniture distincte, mais bien un intrant — ou un élément essentiel — de la fourniture du service municipal de transport à la population de Calgary.

[40] L'arrêt *Canada c. Maritime Life Assurance Co.*, 2000 CanLII 16374 (C.A.F.), étaye également la thèse selon laquelle les travaux préparatoires ou nécessaires à la fourniture ne deviennent pas un service distinct assujéti à la TPS. Dans cette affaire, Maritime Life délivrait différentes sortes de police

of various kinds, including a number of deferred annuity contracts. The holder of such a policy would pay periodic premiums to Maritime Life as consideration for the right to receive, on a specified future date, a payment of money or an annuity of equivalent value.

[41] The Tax Court judge found two kinds of services were being provided to Maritime Life's policy holders, the insurance services represented by the issuance and administration of the policies, and the services represented by its management of the segregated funds. The Federal Court of Appeal held that the only supply Maritime Life made to the policy holders was the provision of the policies. Maritime Life administered the policies and maintained the investments that backed its obligations under the policies, but that was the work it had to do to ensure that it remained in position to fulfil its policy obligations. The Federal Court of Appeal reasoned that the work should not be treated as a service that Maritime Life provided to the policy holders, any more than the work undertaken by a cleaning service to keep its cleaning equipment in good repair is a service provided to its clients. Applying the same reasoning in the present case, the acquisition and construction of the transit facilities, work undertaken by the City to develop a municipal transit service that meets the needs of the Calgary public, would not be treated as a supply that is separate from the supply of the municipal transit service itself.

[42] Applying the *O.A. Brown* test, the question in this appeal is whether, in substance and reality, the alleged separate "transit facilities services" supply is an integral part, integrant or component of the overall supply of "public transit services". According to the jurisprudence, if one supply is work of a preparatory nature to another supply (an "input" to that supply), then the input is a part or component of the single overall supply.

[43] In my opinion, the true nature of the City's "transit facilities services", a determination to be made with common sense, was work of a preparatory nature to the supply of a municipal transit

d'assurance, dont un certain nombre de contrats de rente différée. Le titulaire d'un tel contrat versait périodiquement une prime à l'entreprise en contrepartie du droit de toucher, à une date ultérieure précise, une somme d'argent ou une rente de valeur équivalente.

[41] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé que des services de deux sortes étaient fournis aux titulaires de police de Maritime Life : un service d'assurance lié à la délivrance et à l'administration des polices, et un service de gestion des fonds réservés. La Cour d'appel fédérale a conclu que seule la délivrance des polices constituait une fourniture par Maritime Life aux titulaires de police. Maritime Life administrait les polices et gérait les placements qui garantissaient ses obligations d'assureur, mais elle devait le faire pour pouvoir continuer à s'acquitter de ses obligations suivant les polices. La Cour d'appel fédérale a estimé que tout comme les mesures prises par un service d'entretien pour garder son matériel en bon état ne pouvaient constituer un service fourni à ses clients, l'exercice de ces fonctions par Maritime Life ne devait pas être assimilé à un service de sa part aux titulaires de police. Si l'on applique le même raisonnement en l'espèce, l'acquisition et la construction des installations de transport, à savoir les travaux entrepris par la ville pour mettre en place un service municipal de transport répondant aux besoins de la population de Calgary, ne seraient pas considérées comme une fourniture distincte de celle du service municipal de transport lui-même.

[42] Au regard du critère établi dans *O.A. Brown*, il faut se demander si, au fond et en réalité, la fourniture de « services liés aux installations de transport » que la ville prétend distincte fait partie intégrante de la fourniture globale des « services de transport en commun ». Il appert de la jurisprudence que lorsqu'une fourniture est préparatoire à une autre (un « intrant » de cette autre fourniture), elle fait partie de la fourniture unique globale.

[43] À mon avis, le bon sens veut que, de par leur nature véritable, les « services liés aux installations de transport » fournis par la ville soient préparatoires à la fourniture d'un service municipal de

service to the public. Transit facilities were constructed, acquired, and made available in order to supply a municipal transit service to the Calgary public. This would point to the allegedly separate “transit facilities services” being in fact a component of the overall supply of “public transit services” to the Calgary public.

[44] Further, the single supply/multiple supplies analysis, as it has emerged, presupposes that several distinct elements or components of a supply can be identified before the analysis can be performed. In the present case, the alleged separate supplies are so interconnected that it would be difficult to identify distinct elements or components.

[45] The purchase of an LRT vehicle (part of the alleged “transit facilities services” provided to the Province), and the operation of that vehicle as part of a municipal transit service (part of the “public transit services” provided to the Calgary public), are distinct activities. However, these activities are better seen as steps taken in order to produce a municipal transit service than they are seen as distinct elements or components of that transit service. The City’s acquisition and construction of the transit facilities served the purpose of enabling the City to provide a transit service to the public. The end result of those activities was that a municipal transit service, featuring several expansions and improvements, could be operated. Nothing else was produced as a result of the activities. In this regard, this case is analogous to *O.A. Brown*, in which all disbursements and services for which customers were charged ultimately enabled OAB to deliver livestock as ordered by its customers. Further, the transit facilities have no use and provide no service except to the extent to which they are deployed for use within the Calgary municipal transit service. The interdependence and interconnectedness of the “transit facilities services” and the “public transit services” is obvious.

[46] The application of the test for a separate supply would indicate that there is only one supply

transport à la population. Les installations de transport ont été construites, acquises et mises à disposition en vue de la fourniture d’un service municipal de transport aux résidents de Calgary. J’en conclus que les « services liés aux installations de transport » que l’on prétend distincts sont en fait un élément de la fourniture globale de « services de transport en commun » aux citoyens de Calgary.

[44] De plus, il appert que pour recourir à l’analyse opposant fourniture unique et fournitures multiples, il faut pouvoir distinguer les différents éléments ou composants d’une fourniture. Or, en l’espèce, les fournitures que l’on prétend distinctes sont si liées les unes aux autres qu’il serait difficile d’en distinguer les différents éléments ou composants.

[45] L’achat d’un véhicule TLR (dans le cadre des prétendus « services liés aux installations de transport » fournis à la province) et son exploitation aux fins d’un service municipal de transport (dans le cadre des « services de transport en commun » offerts à la population de Calgary) sont des activités distinctes. Toutefois, il est plus juste de considérer ces activités comme des mesures prises en vue d’établir un service municipal de transport que d’y voir des éléments ou des composants distincts de ce service de transport. L’acquisition et la construction des installations de transport par la ville visaient à permettre à celle-ci d’offrir à ses citoyens un service de transport. Au final, ces activités ont permis l’exploitation d’un service municipal de transport, lequel a fait l’objet de plusieurs expansions et améliorations. Rien d’autre n’a résulté de ces activités. À cet égard, la présente espèce s’apparente à l’affaire *O.A. Brown*, où tous les frais et services facturés aux clients permettaient finalement à OAB de livrer le bétail commandé. En outre, les installations de transport n’ont d’utilité et ne fournissent un service que dans la mesure où elles sont intégrées au service municipal de transport de Calgary. L’interdépendance et l’interconnexion des « services liés aux installations de transport » et des « services de transport en commun » sont évidentes.

[46] L’application du critère permettant d’établir le caractère distinct d’une fourniture mène à

in the circumstances. However, in the leading separate supply cases, the allegedly separate supplies are provided to single recipients. The cases do not contemplate a situation in which there are allegedly two recipients of the supply or supplies. In addition to the *O.A. Brown* test, there are other relevant factors to consider. Here, it has been argued that the “transit facilities services”, which ultimately benefit the Calgary public, provide a separate and distinct benefit to the Province. To determine whether the Province received any service or benefit from the City, the nature of the respective obligations of the City and Province under the Agreements, having regard to the statutory context, must be analyzed.

B. *The Statutory Context*

[47] If the Province has a statutory obligation to provide municipal transit services for the public in its cities, then the City’s work in establishing the municipal transit service, including the acquisition and construction of the transit facilities, would provide the benefit to the Province of enabling it to fulfill its statutory obligation. If there is no such obligation, it would point away from a service to the Province.

[48] As noted earlier, the City is subject to the *CTA*. Under the *CTA*, the City has several obligations. It must prepare a comprehensive transportation study report for the development of an integrated transportation system under s. 3. Section 4(1) obliges the City to establish the transportation system described in its report, by bylaw. Under s. 4(6), the bylaw must be submitted for approval by the Lieutenant Governor in Council, and if approved, the bylaw must be enforced as approved.

[49] With respect to the cost of establishing and maintaining its transportation system, s. 2 makes the City responsible for the cost, but provides that it may qualify for financial assistance from the Province. Section 6(1) provides that, when the City

la conclusion qu’il n’y a eu en l’espèce qu’une seule fourniture. Cependant, les décisions de principe sur le sujet résultent d’affaires où les fournitures que l’on prétendait distinctes n’avaient qu’un seul acquéreur. Elles ne visent pas le cas où il y aurait deux acquéreurs d’une ou de plusieurs fournitures. Outre le critère établi dans *O.A. Brown*, d’autres considérations pertinentes doivent être prises en compte. En l’espèce, on prétend que les « services liés aux installations de transport » qui, au final, profitent à la population de Calgary, procurent un avantage distinct à la province. Pour déterminer si la province a obtenu un service ou un avantage de la ville, il faut analyser la nature des obligations qui incombent respectivement à la ville et à la province suivant les accords, compte tenu du contexte législatif.

B. *Le contexte législatif*

[47] Si la province a l’obligation légale de fournir à la population des services municipaux de transport dans les villes qui se trouvent sur son territoire, les mesures prises par la ville pour établir ces services, y compris l’acquisition et la construction des installations de transport, profitent à la province en ce qu’elles lui permettent de s’acquitter de cette obligation. L’absence d’une telle obligation indiquerait qu’il ne s’agit pas d’un service à la province.

[48] Rappelons que la *CTA* régit la ville et lui impose plusieurs obligations. L’article 3 prévoit qu’elle doit préparer un rapport d’étude détaillé en matière de transport en vue de la mise en place d’un réseau de transport intégré. Le paragraphe 4(1) l’oblige à établir, par règlement, le réseau de transport décrit dans son rapport. Suivant le par. 4(6), le règlement doit être soumis à l’approbation du lieutenant-gouverneur en conseil et il entre en vigueur dans sa version approuvée, le cas échéant.

[49] L’article 2 dispose que le coût d’établissement et d’entretien du réseau de transport incombe à la ville, mais que cette dernière peut être admissible à une aide financière de la province. Le paragraphe 6(1) prévoit que lorsqu’elle est d’avis que la

determines that a particular transit facility, included in the transportation system, is to be constructed, it must submit a proposal to the Minister. This provision makes provincial approval necessary for the construction or acquisition of any transit facilities. Further, under s. 6(2), provincial approval of a transit facility is a precondition to entry into a funding agreement, between the City and Province, with respect to a transit facility. Section 6(2) of the *CTA* vests in the Province the discretion to share in the cost of the construction of those transportation facilities which it has approved pursuant to s. 6(1).

[50] The relevant provisions of the *CTA* are:

2 Each city is responsible for the costs of establishing and maintaining all transportation facilities subject to its direction, control and management but may qualify for financial assistance from the Government by complying with this Act.

3 The city shall prepare a comprehensive transportation study report for the development of an integrated transportation system designed to service the needs of the entire city.

4(1) The city council shall by bylaw establish a transportation system in accordance with the transportation study report and the bylaw shall designate the transportation system.

. . .

(6) The city council shall submit the bylaw to the Minister for approval by the Lieutenant Governor in Council and the Lieutenant Governor in Council may vary or approve the bylaw in whole or in part and if the bylaw is varied or approved in part only, it shall be enforced and take effect as approved.

. . .

6(1) When a city considers that a transportation facility included in the transportation system should be constructed it shall submit the proposal to the Minister.

construction d'une installation de transport intégrée au réseau de transport s'impose, la ville en fait la proposition au ministre responsable. Cette disposition rend l'approbation de la province nécessaire à la construction ou à l'acquisition de toute installation de transport. De plus, suivant le par. 6(2), l'approbation de la province est une condition préalable à la conclusion d'un accord de financement entre la ville et la province. Le même paragraphe confère à la province le pouvoir discrétionnaire de prendre à sa charge une partie du coût des installations de transport dont elle a approuvé la construction en application du par. 6(1).

[50] Les dispositions pertinentes de la *CTA* sont les suivantes :

[TRADUCTION]

2 Chaque ville acquitte les coûts d'établissement et d'entretien de toutes les installations de transport qui relèvent d'elle, mais elle peut devenir admissible à une aide financière du gouvernement en se conformant à la présente loi.

3 La ville produit un rapport d'étude détaillé en matière de transport en vue de la mise en place d'un réseau de transport intégré conçu pour desservir tout son territoire.

4(1) Le conseil municipal établit par règlement un réseau de transport conformément au rapport d'étude en matière de transport, et le règlement désigne le réseau de transport.

. . .

(6) Le conseil municipal soumet le règlement au ministre pour approbation par le lieutenant-gouverneur en conseil, qui peut modifier ou approuver le règlement, en totalité ou en partie. Lorsque le règlement est modifié ou approuvé en partie seulement, il est appliqué et entre en vigueur dans sa version approuvée.

. . .

6(1) Lorsqu'elle est d'avis que la construction d'une installation de transport intégrée au réseau de transport s'impose, la ville en fait la proposition au ministre.

(2) If the proposal is approved by the Minister, the Minister may enter into an agreement with the city with respect to the sharing of costs of establishing the transportation facility.

(2) Lorsqu'il approuve le projet, le ministre peut conclure avec la ville un accord de partage du coût d'établissement de l'installation de transport.

7 The title to all transportation facilities forming the transportation system is, subject to any Act or agreement to the contrary, vested in the city.

7 Sauf disposition contraire d'une autre loi ou d'un accord, la ville est propriétaire des installations qui composent le réseau de transport.

[51] Since the *CTA* imposes no obligations on the Province with respect to the establishment or operation of municipal transit services, the statutory context does not support the contention that the City provided the benefit or service to the Province of fulfilling a statutory obligation on its behalf.

[51] Puisque la *CTA* n'impose aucune obligation à la province en ce qui concerne l'établissement ou l'exploitation de services municipaux de transport, le contexte législatif n'étaye pas la prétention que la ville a procuré un avantage ou un service à la province en s'acquittant pour elle d'une obligation légale.

[52] If any provision of the legislation provided for a transfer, from the City to the Province, of title to the transportation facilities, it would support the argument that the City made a supply to the Province. However, there is no statutory provision to such effect. Under s. 7 of the *CTA*, title to all facilities constructed vested in the City.

[52] Si une disposition de la loi prévoyait le transfert de la propriété des installations de transport de la ville à la province, la thèse selon laquelle il y a eu fourniture par la ville à la province en serait étayée. Or, ce n'est pas le cas. L'article 7 de la *CTA* dispose que la ville est propriétaire de l'ensemble des installations construites.

[53] Nothing in the *CTA* provides for the supply, by the City, of any goods, services, or other benefit to the Province.

[53] Aucune disposition de la *CTA* ne prévoit la fourniture, par la ville, d'un bien, d'un service ou d'un autre avantage à la province.

C. *The Agreements*

C. *Les accords*

[54] The next question is whether the City supplied a service or benefit to the Province by complying with the terms of the Agreements. The Tax Court judge concluded that the Agreements required the City to supply to the Province a municipal transit service for the use of the Calgary public. However, the Court of Appeal held that the Tax Court judge had erred in this interpretation. Pelletier J.A. found that the Agreements were simply the mechanism by which the financial assistance given by the Province to the City was administered, and by which accountability for those public funds was maintained (para. 57).

[54] Il s'agit maintenant de déterminer si la ville a procuré un service ou un avantage à la province en se conformant aux conditions des accords. Le juge de la Cour de l'impôt conclut que suivant les accords, la ville devait fournir à la province un service municipal de transport pour desservir la population de Calgary. La Cour d'appel fédérale statue toutefois qu'il commet une erreur d'interprétation. Selon le juge Pelletier, les accords constituent seulement un mécanisme pour l'administration de l'aide financière accordée par la province et la gestion comptable de ces fonds publics (par. 57).

[55] The Court of Appeal found that the preambles to the BCG and TCG agreements recognized a previous commitment by the Province to contribute

[55] La Cour d'appel fédérale estime que le préambule de l'accord BSI et celui de l'accord SIT constatent l'engagement antérieur de la province à

75% of the cost of projects approved under the terms of the particular grant program and the City's agreement to use the funds for those projects. The City, for its part, agreed to accept the funds to be made available by the Province upon the terms set out in the agreements (para. 38).

[56] As the Court of Appeal recognized, art. 2 of the BCG agreement set out the conditions to which the City agreed in order to receive funds from the Province. The conditions in the TCG were the same except for some small elements which are immaterial to this discussion. The conditions generally relate to the application of the funds, the required accounting, the application of interest earned on the funds, the application of unexpended funds and other matters of an administrative nature. The one condition which related to construction was condition h), which required that any construction which was funded by the grant program had to meet the prevailing legislative standards and best practices (paras. 39 to 40).

[57] The Court of Appeal further found that art. 4 of the BCG and art. 5 of the TCG operated so as to ensure that the work which was funded under the agreements would be carried out in conformity with the terms of the *CTA* and its Regulations (paras. 41 to 43). Finally, the remaining clauses of the BCG and TCG agreements imposed certain reporting requirements on the City and dealt with the accounting for unused funds (para. 45). The Court of Appeal concluded that both of these agreements were framework funding agreements which governed the manner in which funds for approved projects were to be disbursed and administered (para. 46).

[58] The CTF agreement differed from the other two in that it established a dedicated fund to be funded by payment to the City of \$0.05 on the sale of each litre of taxable gasoline or diesel fuel within the City of Calgary. The balance of the agreement addressed the administration of that fund. As in the BCG and TCG agreements, the Court of Appeal concluded that nothing in the CTF required the City to construct anything whatsoever. Nothing in the agreement would give contractual effect to

verser 75 % du coût des projets approuvés conformément au programme de subvention en cause et l'accord de la ville à l'affectation des fonds à ces projets. Pour sa part, la ville convient d'accepter les fonds accordés par la province aux conditions énoncées dans les accords (par. 38).

[56] La Cour d'appel fédérale reconnaît que l'art. 2 de l'accord BSI énonce les conditions que la ville convient de respecter pour obtenir le financement de la province. Les conditions stipulées dans l'accord SIT sont identiques, sauf certains éléments qui n'importent pas en l'espèce. Ces conditions portent généralement sur des questions de nature administrative, dont l'utilisation des fonds, leur gestion comptable, l'utilisation de l'intérêt qu'ils produisent et l'affectation de toute portion non dépensée. La seule condition liée à la construction figure à l'al. h), qui stipule que toute construction financée grâce au programme de subvention doit être conforme aux normes légales et aux pratiques exemplaires qui ont cours (par. 39 à 40).

[57] La Cour d'appel fédérale estime en outre que l'art. 4 de l'accord BSI et l'art. 5 de l'accord SIT font en sorte que les travaux financés en application des accords doivent être exécutés conformément à la *CTA* et à son règlement (par. 41 à 43). Enfin, les autres dispositions des accords BSI et SIT obligent la ville à communiquer de l'information financière et à rendre compte des fonds non utilisés (par. 45). La Cour d'appel fédérale conclut qu'il s'agit de deux accords-cadres de financement qui régissent la manière dont les fonds accordés pour les projets approuvés doivent être déboursés et administrés (par. 46).

[58] L'accord FTM diffère des deux autres en ce qu'il établit un fonds dédié financé par le versement à la ville de Calgary de 0,05 \$ le litre d'essence ou de carburant diesel taxable vendu sur son territoire. Ses autres stipulations portent sur l'administration du fonds. La Cour d'appel fédérale conclut que, comme pour les accords BSI et SIT, aucune disposition n'oblige la ville à construire quoi que ce soit. Nulle disposition ne confère un caractère contractuel aux obligations légales de la ville en ce

the City's statutory obligations with respect to the establishment of a transportation system (para. 52).

[59] The Province provided funding under the Agreements to assist the City in carrying out its own activities. The Province did not contribute funding to obtain a supply of accountability from the City; the contributions only went to assist the City with the capital costs of improving its municipal transit system. I agree with the Court of Appeal that the City's compliance with the accountability measures did not amount to the provision of any goods, services, or benefit to the Province.

[60] Following the jurisprudence on single or multiple supplies, the construction and acquisition of the transit facilities were inputs into the supply of the municipal transit service to the public. In addition, nothing in the applicable statutes, and nothing in the Agreements, indicates that there was a separate supply of "transit facilities services" by the City to the Province. For these reasons, there was only one supply by the City in this case, the supply of a municipal transit service.

D. *The Recipient of the Supply*

[61] The City urges this Court to follow the approach of the Federal Court of Appeal in *Commission scolaire Des Chênes v. Ministre du Revenu national*, 2001 FCA 264, 286 N.R. 264. In *Des Chênes*, the Federal Court of Appeal held that Des Chênes, a school board, having received a subsidy from the Province of Quebec, had made a taxable supply of its school bussing services to the Province, and that ITCs were available to the school board.

[62] Here, the City has acknowledged that members of the Calgary public are the recipients of its supply of "public transit services". Its acknowledgment is consistent with the definition of "recipient" in s. 123(1) of the *ETA*, according to which the recipient of a supply is the person liable to pay consideration for that supply. Users of the municipal

qui a trait à l'établissement d'un réseau de transport (par. 52).

[59] La province a versé les fonds prévus dans les accords afin d'appuyer la ville dans l'exercice de ses propres activités. Elle n'a pas accordé ce financement pour obtenir de la ville la fourniture de mesures d'ordre comptable. Les fonds versés ont seulement aidé la ville à investir dans l'amélioration de son réseau municipal de transport. Je conviens avec la Cour d'appel fédérale que l'observation par la ville de ses obligations de nature comptable ne peut être assimilée à la fourniture d'un bien, d'un service ou d'un avantage à la province.

[60] Selon la jurisprudence relative à l'existence d'une fourniture unique ou de fournitures multiples, la construction et l'acquisition des installations de transport constituent des intrants dans la fourniture du « service municipal de transport » à la population. En outre, ni les dispositions législatives applicables ni les accords intervenus ne permettent de conclure à l'existence de la fourniture distincte, par la ville à la province, de « services liés aux installations de transport ». Pour ces motifs, la ville n'a effectué qu'une seule fourniture en l'espèce, celle d'un service municipal de transport.

D. *L'acquéreur de la fourniture*

[61] La ville exhorte la Cour à faire sienne l'approche de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Commission scolaire Des Chênes c. Ministre du Revenu national*, 2001 CAF 264, 286 N.R. 264 (« *Des Chênes* »). Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a statué que la commission scolaire Des Chênes avait touché une subvention de la province de Québec, de sorte que ses services de transport d'élèves constituaient une fourniture taxable à la province et qu'elle avait droit au CTI.

[62] Dans le présent dossier, la ville reconnaît que les citoyens de Calgary sont les acquéreurs de sa fourniture des « services de transport en commun », ce qui est en accord avec le par. 123(1) de la *LTA* selon lequel « acquéreur » s'entend de la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture. Les usagers du service municipal

transit service pay fares in consideration for the supply, and are therefore recipients of the supply under the *ETA*. Nothing in the *ETA* requires a supply to have only one recipient.

[63] In my view, *Des Chênes* does not assist the City. Even if this Court were to find, following *Des Chênes*, that because the Province contributed grant funding to the City, the Province was a recipient of the supply of municipal transit services, the public would remain a recipient of the supply. In *Corp. des Loisirs de Neufchâtel v. R.*, 2006 TCC 339, [2008] G.S.T.C. 153, Lamarre Proulx T.C.J. found that there were two recipients of a supply of community leisure services: the community, who enjoyed the leisure services and paid part of the consideration, and the municipality, which had paid the other part of the consideration for the supply.

[64] As observed above, the identity of the recipient of a supply may not determine whether the supply is taxable or exempt. The identity of the recipient only determined the nature of the supply in *Des Chênes* because the parties had agreed that, if the subsidy from the Province of Quebec did not constitute consideration for the supply of transportation services, then the students were the recipients of the supply, and that the supply would be exempt. However, if the subsidy constituted consideration, then the province would be the recipient of the supply of transportation services, making it a taxable supply. The Federal Court of Appeal noted that whether the supply was taxable or exempt was an issue, but in light of the parties' agreement, limited its analysis to the issue of whether the subsidy was "consideration". Finding that it was, it followed that the Province was the recipient, and that the supply was therefore taxable, entitling the school board to ITCs.

[65] Schedule V, Part VI, s. 24 of the *ETA* provides that a supply is exempt if it is the supply of a municipal transit service made to members of the

de transport paient un droit de passage en contrepartie de la fourniture, de sorte qu'ils en sont les acquéreurs pour l'application de la *LTA*. Nulle disposition de celle-ci n'exige qu'une fourniture n'ait qu'un seul acquéreur.

[63] À mon sens, l'arrêt *Des Chênes* n'étaye pas la thèse de la ville. Même si notre Cour devait conclure en s'en inspirant que la province, parce qu'elle a accordé des fonds à la ville, est un acquéreur de la fourniture du service municipal de transport, la population demeurerait un acquéreur de la fourniture. Dans la décision *Corp. des Loisirs de Neufchâtel c. R.*, 2006 CCI 339, [2006] G.S.T.C. 74, la juge Lamarre Proulx de la Cour de l'impôt a conclu à l'existence de deux acquéreurs de la fourniture de services de loisirs communautaires : la collectivité, qui bénéficiait des services de loisirs et payait une portion de la contrepartie versée, et la municipalité, qui assumait l'autre portion de la contrepartie.

[64] Comme je le fais observer précédemment, l'identité de l'acquéreur n'est pas nécessairement déterminante quant à savoir si la fourniture est taxable ou exonérée. Dans l'affaire *Des Chênes*, elle n'a permis de déterminer la nature de la fourniture que parce que les parties avaient convenu que si la subvention versée par la province ne constituait pas une contrepartie à la fourniture des services de transport, les élèves étaient l'acquéreur de la fourniture et celle-ci était exonérée. Par contre, si la subvention constituait une contrepartie, la province était l'acquéreur de la fourniture des services de transport, de sorte que cette dernière était taxable. La Cour d'appel fédérale a fait remarquer que la question de savoir si la fourniture était exonérée ou non était en litige, mais au vu de l'accord intervenu entre les parties, elle n'a fait porter son analyse que sur la question de savoir si la subvention équivalait à une « contrepartie ». Comme elle a répondu par l'affirmative, la province devenait l'acquéreur, de sorte que la fourniture était taxable et la commission scolaire avait droit au CTI.

[65] L'article 24 de l'ann. V, partie VI, de la *LTA* dispose qu'une fourniture est exonérée lorsqu'elle a pour objet un service municipal de transport et

public. Section 24 does not indicate that the supply must be made exclusively to members of the public. As determined above, the City made only one supply, the supply of a municipal transit service. The construction, acquisition, and making available of the transit facilities were inputs into that supply. Whether or not the Province is a recipient of the supply in addition to the public, the supply is of a municipal transit service to the public, and is therefore exempt. Accordingly, the City's activities of acquiring, constructing, and making public transit facilities available for the Calgary public, did not fall within its "commercial activit[ies]", under s. 123(1) of the *ETA*, because they involved the making of exempt supplies. The City is not entitled to claim ITCs for GST paid for the acquisition and construction of the transit facilities for the municipal transit service that it supplied to the Calgary public. To the extent that *Des Chênes* is inconsistent with this reasoning, it should not be followed.

V. Conclusion

[66] There was only one supply in this case, the exempt supply of a municipal transit service to the Calgary public. The *ETA* demonstrates that Parliament intended for public service bodies to receive rebates at specified rates for the GST that they pay in the course of making exempt supplies. There was no separate, non-exempt supply to the Province, and accordingly, ITCs for GST paid in the course of acquiring and constructing the municipal transit facilities are not available to the City.

[67] I would affirm the findings of the Federal Court of Appeal and dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Felesky Flynn, Calgary.

qu'elle bénéficie au public. Il ne précise pas que seul ce dernier doit bénéficier de la fourniture. Nous avons vu que la ville n'a effectué qu'une seule fourniture, celle d'un service municipal de transport. La construction, l'acquisition et la mise à disposition des installations de transport étaient des intrants de cette fourniture. Peu importe que la province en soit ou non l'acquéreur de pair avec la population, il y a fourniture d'un service municipal de transport au public, de sorte qu'il y a exonération. Par conséquent, l'activité de la ville consistant à acquérir et à construire les installations de transport en commun, ainsi qu'à les mettre à la disposition de la population de Calgary ne constitue pas une « activité commerciale » au sens du par. 123(1) de la *LTA*, car elle participe à la réalisation d'une fourniture exonérée. La ville n'a pas droit au CTI pour la TPS acquittée à l'occasion de l'acquisition et de la construction des installations de transport devant être intégrées au service municipal de transport fourni à ses citoyens. Il n'y a pas lieu de suivre l'arrêt *Des Chênes* dans la mesure où il est en rupture avec ce raisonnement.

V. Conclusion

[66] Il n'y a eu qu'une seule fourniture en l'espèce, soit la fourniture exonérée d'un service municipal de transport à la population de Calgary. Il ressort de la *LTA* que le législateur a voulu qu'un organisme de services publics se voit rembourser, selon un pourcentage établi, la TPS payée dans le cadre de la réalisation d'une fourniture exonérée. Il n'y a pas eu de fourniture distincte et non exonérée à la province. La ville n'a donc pas droit au CTI pour la TPS qu'elle a payée lors de l'acquisition et de la construction des installations municipales de transport.

[67] Je suis d'avis de confirmer les conclusions de la Cour d'appel fédérale et de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Felesky Flynn, Calgary.

*Solicitor for the respondent: Attorney General
of Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du
Canada, Ottawa.*

Larry Wayne Jesse *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JESSE

2012 SCC 21

File No.: 33694.

2011: December 9; 2012: April 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Prior conviction — Voir dire — Whether Crown was entitled to lead prior conviction on similar fact voir dire — Whether accused was entitled to challenge prior conviction on similar fact voir dire — Whether trial judge committed reversible error in finding, at trial, that accused had likely assaulted first victim.

The appellant was charged with sexually assaulting a severely intoxicated woman, J.M., by inserting a wine cork into her vagina. At trial, the Crown sought to introduce similar fact evidence showing that, in 1995, a jury had convicted the appellant of sexually assaulting another severely intoxicated woman, J.S., by inserting two large plastic shopping bags into her vagina. Although the appellant maintained at that trial that he was not J.S.'s assailant, he did not appeal the conviction or challenge the seven-year sentence he received.

The appellant's trial for sexually assaulting J.M. was conducted by a judge alone. On a *voir dire* to determine the admissibility of the similar fact evidence regarding J.S., the trial judge permitted the Crown to prove the 1995 conviction for the limited purpose of linking the appellant to the earlier sexual assault. The trial judge did not permit the appellant to challenge the prior

Larry Wayne Jesse *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. JESSE

2012 CSC 21

N° du greffe : 33694.

2011 : 9 décembre; 2012 : 27 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Déclaration de culpabilité antérieure — Voir-dire — Le ministère public avait-il le droit de produire une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — L'accusé avait-il le droit de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision en concluant, lors du procès lui-même, que l'accusé était probablement l'agresseur de la première victime?

L'appelant a été accusé d'avoir agressé sexuellement une femme complètement ivre, J.M., en insérant un bouchon de bouteille de vin dans son vagin. Lors du procès, le ministère public a cherché à produire une preuve de faits similaires selon laquelle, en 1995, un jury avait reconnu l'appelant coupable d'avoir agressé sexuellement une autre femme complètement ivre, J.S., en lui insérant deux grands sacs à emplettes dans le vagin. Même s'il avait affirmé lors du procès ne pas avoir été l'agresseur de J.S., l'appelant n'a pas porté cette déclaration de culpabilité en appel et n'a pas non plus contesté la peine de sept ans qui lui a été infligée.

Le procès de l'appelant relatif à l'agression sexuelle dont J.M. a été victime s'est déroulé devant une juge siégeant seule. Au cours du voir-dire tenu sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires relatifs à J.S., la juge du procès a permis au ministère public de produire la déclaration de culpabilité de 1995 dans le but limité de rattacher l'appelant à l'agression sexuelle antérieure. Dans

conviction on the *voir dire*, although she allowed him to do so on the trial proper. Placing considerable weight on the prior conviction involving J.S., the trial judge ultimately convicted the appellant of sexually assaulting J.M. His appeal from conviction was dismissed by the British Columbia Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The prior conviction was admissible as “some evidence” linking the appellant to the assault on J.S. In the context of a similar fact application, a prior conviction may be tendered to establish an essential element of the prior offence where that element has been placed in issue. In this case, the appellant contested that he was the person responsible for the prior act, thus putting the question of identity in issue and allowing the Crown to lead the prior conviction as “some evidence” of his involvement in that prior act. The admissibility of a prior conviction does not depend on whether it was the product of a guilty plea or a post-trial guilty verdict. Verdicts should not be viewed as hearsay or opinion evidence of questionable value. Whether rendered by a jury or by judge alone, they are presumptively reliable and, on the issue of identity, should be treated that way unless overturned on appeal or later shown to be wrong.

Because similar fact evidence is presumptively inadmissible, its probative value must exceed its prejudicial effect. In this case, the prejudicial effect of admitting the prior conviction did not warrant its exclusion. The appellant’s prior conviction for sexually assaulting J.S. had significant probative value. Admitting it did not, *per se*, render the trial unfair or occasion irretrievable prejudice to the appellant. There are several reasons for this. First, it is not uncommon for a trier of fact to be exposed to a prior conviction, in the form of a guilty plea, which stems from the similar fact evidence the Crown seeks to lead. The trier of fact is made aware of the limited use that can be made of the similar fact evidence, and the accused can challenge or explain the prior conviction. Second, while a prior conviction constitutes strong proof that the similar act conduct in question occurred, that does not make the conviction inadmissible. The fact that a piece of evidence operates

le cadre de ce voir-dire, elle n’a pas autorisé l’appelant à contester la déclaration de culpabilité antérieure, mais elle lui a permis de le faire lors du procès lui-même. La juge du procès a accordé une grande valeur à l’agression dont J.S. avait été victime et a, ultimement, déclaré l’appelant coupable d’agression sexuelle sur J.M. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté l’appel qu’il avait formé contre sa déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La déclaration de culpabilité était admissible pour satisfaire à l’exigence de l’existence « d’éléments de preuve » rattachant l’appelant à l’agression de J.S. Dans le contexte d’une demande visant à faire admettre un élément de preuve à titre de preuve de faits similaires, une déclaration de culpabilité peut être produite pour établir un élément essentiel de l’infraction antérieure lorsque cet élément est en cause. En l’espèce, l’appelant a contesté sa responsabilité à l’égard de l’acte antérieur. Ce faisant, il a soulevé la question de l’identité et ouvert la voie à la production par le ministère public de la déclaration de culpabilité comme preuve de l’existence « d’éléments de preuve » de sa participation à l’acte antérieur. L’admissibilité d’une déclaration de culpabilité antérieure n’est pas tributaire du fait qu’elle fait suite à un plaidoyer de culpabilité ou qu’elle est le fruit d’un verdict de culpabilité prononcé au terme d’un procès. Les verdicts ne doivent pas être pris pour une preuve par ouï-dire ou encore pour une preuve d’opinion de valeur douteuse. Qu’ils aient été prononcés par des jurys ou par des juges siégeant seuls, les verdicts sont présumés fiables et, lorsque l’identité est en cause, ils devraient être reconnus comme tels, à moins qu’ils n’aient été infirmés en appel ou qu’ils ne soient ultérieurement jugés erronés.

Puisque la preuve de faits similaires est présumée inadmissible, sa valeur probante doit l’emporter sur son effet préjudiciable. En l’espèce, l’effet préjudiciable découlant de l’admission de la déclaration de culpabilité ne justifiait pas son exclusion. La déclaration de culpabilité antérieure de l’appelant pour l’agression sexuelle dont J.S. a été victime avait une grande valeur probante. L’admettre n’a pas, en soi, rendu son procès inéquitable ni ne lui a occasionné un préjudice irrémédiable, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il n’est pas inhabituel pour les juges des faits d’être exposés à des déclarations de culpabilité antérieures qui font suite à des plaidoyers de culpabilité, et que le ministère public tente de produire afin d’établir une preuve de faits similaires. Les juges des faits connaissent l’utilisation limitée qu’ils peuvent faire de la preuve de faits similaires et l’accusé peut la contester ou l’expliquer s’il le souhaite. Deuxièmement, une déclaration de culpabilité antérieure constitue certes

unfortunately for an accused does not render the evidence inadmissible or the trial unfair. Third, an accused is entitled to a fair trial, not a trial in which the playing field is tilted in his or her favour. Once an accused challenges his or her involvement in an earlier incident, the rules of evidence do not permit the accused to keep the best evidence linking him or her to that incident — the conviction — from the trier of fact.

While an accused should not be automatically foreclosed from challenging a prior conviction at the *voir dire* stage of a similar fact application, situations in which such a challenge may be launched will be rare because of the low evidentiary threshold (“some evidence”) required to link an accused to the similar act. A challenge at the *voir dire* stage will not be appropriate if there is no reasonable likelihood that it will impact the admissibility of the evidence. In deciding whether the conviction can be challenged, labels such as *res judicata* and abuse of process are unhelpful and inappropriate — neither of these doctrines can prevent an accused from challenging a prior conviction on a *voir dire*. The decision to allow a challenge or not at the *voir dire* stage is a function of the trial judge’s right to control the proceedings.

In this case, the trial judge made no error in receiving the prior conviction on the similar fact *voir dire* for the limited purpose of linking the appellant to the sexual assault on J.S. The verdict giving rise to the prior conviction constituted highly reliable evidence and, at a minimum, constituted “some evidence” that he had assaulted J.S. Its probative value was clear and outweighed any prejudicial effect.

On the trial proper, the trial judge was satisfied, on balance, that the appellant had assaulted J.S. The frailties of the identification evidence, though well known to her, did not cause her to doubt the integrity of the prior conviction.

Cases Cited

Not followed: *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587; **applied:** *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R.

une preuve solide que le comportement visé par les faits similaires en question a eu lieu, cela ne la rend pas inadmissible. Qu’un élément de preuve ait des conséquences malheureuses pour l’accusé ne le rend pas inadmissible ni ne rend le procès inéquitable. Troisièmement, l’accusé a droit à un procès équitable, mais pas à un procès qui lui garantit que les règles du jeu penchent en sa faveur. Lorsqu’un accusé conteste sa participation à un incident antérieur, les règles de preuve ne lui donnent pas le droit d’empêcher que le juge des faits dispose de la meilleure preuve — la déclaration de culpabilité — que le ministère public pouvait obtenir pour le rattacher à l’incident.

Si un accusé ne devrait pas être automatiquement préclus de contester une déclaration de culpabilité antérieure à l’étape du voir-dire relatif à une demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires, les situations qui donnent ouverture à une telle contestation sont rares vu la norme de preuve peu élevée (soit qu’il existe « des éléments de preuve ») à laquelle il faut satisfaire pour rattacher l’accusé aux faits similaires. Une contestation à l’étape du voir-dire ne sera pas appropriée s’il n’y a aucune probabilité raisonnable que celle-ci ait une incidence sur l’admissibilité de la preuve. Les termes *chose jugée* et *abus de procédure* sont inutiles et inappropriés pour répondre à la question de savoir si la déclaration de culpabilité pouvait être contestée à l’étape du voir-dire — ni l’une ni l’autre de ces doctrines ne sauraient empêcher un accusé de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre d’un voir-dire. La décision d’autoriser ou non la contestation à l’étape du voir-dire tient au droit du juge du procès d’être maître de la conduite de l’instance.

En l’espèce, la juge du procès n’a commis aucune erreur en admettant la déclaration de culpabilité antérieure à titre de preuve de faits similaires à l’issue du voir-dire dans le but limité de rattacher l’appellant à l’agression sexuelle de J.S. Le verdict ayant donné lieu à cette déclaration de culpabilité antérieure constituait une preuve très fiable et, à tout le moins, a établi l’existence « d’éléments de preuve » que l’appellant avait agressé J.S. Sa valeur probante était évidente et l’emportait sur son effet préjudiciable.

Lors du procès, la juge du procès a été convaincue, suivant la prépondérance des probabilités, que l’appellant était l’agresseur de J.S. Les faiblesses de la preuve quant à l’identité de l’agresseur, même si elle en était tout à fait consciente, ne l’ont pas amenée à douter de l’intégrité de la déclaration de culpabilité antérieure.

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587; **arrêt appliqué :** *R. c. Arp*, [1998]

339; referred to: *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161; *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316; *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. viii; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, leave to appeal refused, [2004] 3 S.C.R. viii; *R. v. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227, leave to appeal refused, [2007] 3 S.C.R. x; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 696.3(3)(a).

Authors Cited

Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2010.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, rev. 5th ed., Toronto: Irwin Law, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Chiasson, D. Smith and Neilson J.J.A.), 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192, 481 W.A.C. 192, 252 C.C.C. (3d) 442, 205 C.R.R. (2d) 11, 73 C.R. (6th) 263, [2010] B.C.J. No. 381 (QL), 2010 CarswellBC 514, affirming the conviction for sexual assault entered by Arnold-Bailey J., 2007 BCSC 1355, [2007] B.C.J. No. 1991 (QL), 2007 CarswellBC 2079. Appeal dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *Gregory S. Pun*, for the appellant.

Jennifer Duncan and *Elizabeth A. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] Following a trial before Justice Arnold-Bailey of the Supreme Court of British Columbia, sitting alone, the appellant was convicted of one count of

3 R.C.S. 339; arrêts mentionnés : *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161; *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. viii; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, autorisation d'appel refusée, [2004] 3 R.C.S. viii; *R. c. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227, autorisation d'appel refusée, [2007] 3 R.C.S. x; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 696.3(3)(a).

Doctrine et autres documents cités

Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. New York : Oxford University Press, 2010.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, rev. 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Chiasson, D. Smith et Neilson), 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192, 481 W.A.C. 192, 252 C.C.C. (3d) 442, 205 C.R.R. (2d) 11, 73 C.R. (6th) 263, [2010] B.C.J. No. 381 (QL), 2010 CarswellBC 514, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle inscrite par la juge Arnold-Bailey, 2007 BCSC 1355, [2007] B.C.J. No. 1991 (QL), 2007 CarswellBC 2079. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, c.r., et *Gregory S. Pun*, pour l'appellant.

Jennifer Duncan et *Elizabeth A. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] À la suite de son procès devant la juge Arnold-Bailey de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant seule, l'appellant a été déclaré

sexual assault against J.M. His appeal from conviction was dismissed by the British Columbia Court of Appeal. He now appeals to this Court with leave, seeking to have his conviction overturned and a new trial ordered.

[2] This appeal raises evidentiary and procedural issues surrounding the admissibility and use of a prior conviction, where the conduct underlying that conviction is sought to be introduced as similar fact evidence to prove identity.

[3] In this case, the similar act conduct relates to the sexual assault of a woman named J.S. in 1993, for which the appellant was convicted in 1995. On a *voir dire* to determine the admissibility of that evidence, Arnold-Bailey J. permitted the Crown to prove the 1995 conviction for the limited purpose of linking the appellant to the sexual assault on J.S. The trial judge did not permit the appellant to challenge the prior conviction on the *voir dire*, although she allowed him to do so on the trial proper.

[4] The appellant submits that the trial judge erred in permitting the Crown to lead his 1995 conviction on the similar fact application. He further submits that the trial judge erred in foreclosing him from challenging that conviction on the *voir dire*. Those two issues form the centrepiece of this appeal.

II. Background

[5] The facts surrounding the J.S. incident may be briefly stated. On the night of January 26, 1993, a passerby witnessed J.S. lying on her stomach in

coupable d'un chef d'agression sexuelle contre J.M. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel qu'il avait formé contre sa déclaration de culpabilité. Il se pourvoit maintenant, avec l'autorisation de la Cour, nous demandant de casser cette déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[2] Le présent pourvoi soulève des questions de preuve et de procédure relatives à l'admissibilité et à l'utilisation d'une déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre l'appelant, déclaration de culpabilité découlant du comportement que le ministère public cherchait à produire à titre de preuve de faits similaires pour établir l'identité de l'appelant au procès qui fait l'objet du présent pourvoi.

[3] En l'espèce, le comportement visé par les faits similaires se rapporte à l'agression sexuelle en 1993 d'une femme nommée J.S., dont l'appelant a été reconnu coupable en 1995. Au cours du voir-dire tenu sur l'admissibilité de cet élément de preuve, la juge Arnold-Bailey a permis au ministère public de produire la déclaration de culpabilité de 1995 dans le but limité de rattacher l'appelant à l'agression sexuelle de J.S. En outre, dans le cadre de ce voir-dire, elle n'a pas autorisé l'appelant à contester la déclaration de culpabilité antérieure, mais elle lui a permis de le faire lors du procès lui-même.

[4] L'appelant affirme que la juge du procès a commis une erreur en autorisant le ministère public à produire la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 dans le cadre de la demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires. À son avis, la juge du procès a aussi commis une erreur en lui interdisant de contester cette déclaration de culpabilité durant le voir-dire. Ces deux questions constituent le cœur du présent appel.

II. Contexte

[5] Les circonstances de l'agression dont J.S. a été victime peuvent être relatées brièvement. Le soir du 26 janvier 1993, un passant a vu J.S. gisant à

a dark public place. A man appeared to be inserting something into her vagina. By the time the witness had gathered some friends and returned to the scene, the man was leaving. J.S. was intoxicated and incoherent. She was examined by a doctor some hours later. In the course of the examination, the doctor found two large compacted shopping bags inserted into her vagina. The appellant was apprehended near the scene of the crime. Although he maintained that he was not J.S.'s assailant, he was charged with sexual assault and convicted following a trial by judge and jury in 1995. He did not appeal from that conviction, nor did he challenge the seven-year sentence he received.

[6] Several years after his release from prison on the J.S. matter, the appellant was charged again with sexual assault, this time in relation to a woman named J.M. The incident in question occurred on February 19, 2005. At the trial relating to this incident — which forms the basis of the instant appeal — the appellant denied that he was responsible for the assault on J.M. The circumstantial evidence pointed to the appellant and one other man as the only two people who could have committed the crime.

[7] The sexual assault on J.M. took place at a house where she and her friends, along with the appellant and others, had been partying. At the end of the evening, the appellant left to walk home. About five minutes later, C.S., who lived at the house, and her partner, G.B., went looking for the appellant to offer him a ride home. At that point, J.M. and one man were alone in the house. Both had passed out from excessive alcohol consumption.

[8] Unable to find the appellant, C.S. and G.B. returned to the house. They had been gone for no more than 15 minutes. C.S. was surprised to find the front door locked. She banged on the door and, a minute or so later, the appellant opened it

plat ventre dans un endroit public obscur. Un homme semblait être en train d'insérer quelque chose dans son vagin. Après avoir réuni quelques amis, le témoin est retourné sur les lieux, mais l'homme partait. J.S. était intoxiquée et incohérente. Un médecin l'a examinée quelques heures plus tard. Pendant l'examen, le médecin a trouvé dans le vagin de J.S. deux grands sacs à emplettes compactés. L'appellant a été arrêté près du lieu du crime. Même s'il affirmait ne pas avoir été l'agresseur de J.S., il a été accusé d'agression sexuelle puis, au terme d'un procès devant juge et jury, reconnu coupable en 1995 d'avoir commis ce crime. Il n'a pas porté cette déclaration de culpabilité en appel. Il n'a pas non plus contesté la peine de sept ans qui lui a été infligée.

[6] Plusieurs années après sa remise en liberté au terme de son emprisonnement dans l'affaire J.S., l'appellant a encore une fois été accusé d'agression sexuelle, cette fois relativement à une femme nommée J.M. L'incident à l'origine de cette poursuite est survenu le 19 février 2005. Lors du procès qu'il a subi quant à cette accusation — soit celle à l'origine du présent pourvoi —, l'appellant a nié être responsable de cette agression. La preuve circonstancielle a établi que l'appellant et un autre homme étaient les deux seules personnes susceptibles d'avoir commis le crime.

[7] L'agression sexuelle de J.M. est survenue dans une résidence où elle faisait la fête avec ses amis, en compagnie de l'appellant et d'autres personnes. À la fin de la soirée, l'appellant est parti pour rentrer chez lui à pied. Environ cinq minutes plus tard, C.S., qui habitait la résidence, est partie avec son conjoint, G.B., à la recherche de l'appellant, pour lui offrir de le raccompagner chez lui en voiture. À ce moment-là, J.M. et un homme étaient seuls dans la résidence. Ils étaient tous les deux inconscients en raison de leur consommation abusive d'alcool.

[8] N'ayant pu trouver l'appellant, C.S. et G.B. sont revenus à la maison. Ils avaient été partis tout au plus une quinzaine de minutes. C.S. a été étonnée de constater que la porte d'entrée était verrouillée. Elle l'a frappée à grands coups puis, environ une

from the inside, rushed past her and G.B., and ran away.

[9] C.S. and G.B. entered the home where they found J.M. unconscious, naked from the waist down, lying on the living room floor. Blunt instruments — consisting of an electric toothbrush, a hair brush with a five- or six-inch handle and a regular toothbrush — were found on the floor near her. According to the unchallenged evidence of C.S. and G.B., those items were out of place and must have been removed by someone from the bathroom where they were normally kept.

[10] The next morning, while urinating, J.M. excreted a wine cork from her vagina.

[11] In view of the highly unusual nature of the sexual assaults on J.S. and J.M. and the bizarre features they shared in common, Crown counsel sought to introduce, as similar fact evidence, the sexual assault on J.S. at the appellant's trial for sexually assaulting J.M. The purpose of the proposed evidence was to ask the trial judge to infer from the highly unusual nature and bizarre features of the assaults on J.S. and J.M. that the appellant was the person who had committed the assault on J.M. If admitted, the sexual assault on J.S. would not constitute conclusive proof of the appellant's guilt on the charge involving J.M. It would simply be a piece of circumstantial evidence, bearing on the issue of the identity of J.M.'s assailant, that the trier of fact could consider along with the rest of the evidence in deciding whether the Crown had proved its case against the appellant beyond a reasonable doubt.

[12] On the *voir dire* to determine the admissibility of the proposed similar fact evidence, Crown counsel called a number of witnesses who had testified approximately 11 years earlier, at the

minute plus tard, l'appelant lui a ouvert de l'intérieur et a pris la fuite, après les avoir bousculés elle et G.B.

[9] C.S. et G.B. sont entrés dans la maison et ont trouvé J.M. inconsciente, gisant nue de la taille aux pieds sur le plancher du séjour. Des objets contondants — une brosse à dents électrique, une brosse à cheveux munie d'un manche de cinq ou six pouces et une brosse à dents ordinaire — ont été trouvés sur le plancher à côté de J.M. Suivant les témoignages non contestés de C.S. et de G.B., ces objets n'étaient pas à leur place et devaient avoir été déplacés de la salle de bain où ils se trouvaient normalement.

[10] Le lendemain matin, pendant qu'elle urinait, J.M. a excrété un bouchon de bouteille de vin de son vagin.

[11] Compte tenu de la nature très inhabituelle des agressions sexuelles de J.S. et de J.M. et des caractéristiques étranges qu'elles avaient en commun, l'avocate du ministère public a cherché à produire la preuve de l'agression sexuelle de J.S. à titre de preuve de faits similaires au procès de l'appelant relativement à l'agression sexuelle de J.M. En proposant de mettre cela en preuve, le ministère public invitait la juge à déduire de la nature très inhabituelle et des caractéristiques étranges des agressions de J.S. et de J.M. que l'appelant était l'agresseur de J.M. Si elle était admise en preuve, la preuve de l'agression sexuelle de J.S. n'allait pas constituer une preuve concluante de la culpabilité de l'appelant relativement à l'accusation concernant J.M. Il allait simplement s'agir d'un élément de preuve circonstancielle lié à la question de l'identité de l'agresseur de J.M. que le juge des faits pourrait examiner, au même titre que le reste de la preuve, afin de décider si le ministère public avait démontré hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'appelant.

[12] Lors du voir-dire visant à juger de l'admissibilité de la preuve de faits similaires, l'avocate du ministère public a fait entendre plusieurs des personnes qui avaient témoigné quelque 11 années

appellant's 1995 trial.¹ J.S. was not among them, as she had died in the interim. One of the witnesses described the nature of the sexual assault on J.S., and others recounted the appellant's post-assault movements pending the arrival of the police and his ensuing arrest. Crown counsel who prosecuted the J.S. case tendered a certified copy of the indictment upon which the appellant was tried and convicted. A doctor who examined J.S. testified about the compacted shopping bags in J.S.'s vagina. She explained that, in the course of 142 examinations of alleged sexual assault victims over the past 15 years, she had never before found a foreign object in a vagina. Evidence was also tendered which established that fingerprints taken from the appellant upon his arrest in 1993 matched the fingerprints taken from him upon his arrest in 2005. That is to say, the appellant definitively was the same man who had been convicted of the 1993 sexual assault of J.S.

[13] The appellant challenged the testimony of the witnesses who purported to identify him as J.S.'s assailant. He impugned the reliability of their observations and called into question some of the police practices used to identify him — just as he had at his trial in 1995. However, he did not testify on the *voir dire* and hence did not directly deny responsibility for the assault on J.S. In closing submissions on the *voir dire*, he characterized the evidence implicating him as J.S.'s assailant as tenuous and claimed that it was insufficient to link him to the assault on J.S. Thus, he argued that the J.S.

plus tôt dans le cadre du procès de l'appelant tenu en 1995¹. J.S. ne comptait pas parmi ces témoins vu qu'elle était décédée depuis. Un des témoins a toutefois décrit la nature de l'agression sexuelle commise sur J.S., et d'autres ont relaté les allées et venues de l'appelant entre le moment de l'agression et celui de l'arrivée des policiers ainsi que son arrestation. L'avocat du ministère public qui avait mené la poursuite dans l'affaire relative à J.S. a produit la copie certifiée de l'acte d'accusation à l'égard duquel l'appelant a été jugé et déclaré coupable. Le médecin qui avait examiné J.S. a témoigné sur les sacs à emplettes compactés trouvés dans le vagin de cette dernière. Elle a expliqué qu'elle avait examiné 142 victimes d'agression sexuelle au cours des 15 dernières années et que jamais auparavant elle n'avait trouvé d'objets insolites dans un vagin. La preuve a également établi que les empreintes digitales obtenues de l'appelant lors de son arrestation en 1993 correspondaient à celles qui ont été obtenues lors de son arrestation en 2005. Autrement dit, l'appelant était sans contredit celui qui avait été reconnu coupable de l'agression sexuelle de J.S. en 1993.

[13] L'appelant a contesté les déclarations des témoins qui l'identifiaient comme étant l'agresseur de J.S. Tout comme il l'avait fait lors de son procès en 1995, il a attaqué la fiabilité de leurs observations et a mis en doute certaines pratiques policières utilisées pour l'identification. Cependant, n'ayant pas témoigné lors du voir-dire, il n'a pas directement nié sa responsabilité à l'égard de l'agression de J.S. Dans ses observations finales — toujours lors du voir-dire —, il a toutefois affirmé que la preuve le désignant comme l'agresseur de J.S. était faible et ne permettait pas de le rattacher à l'agression de

1 The transcript of that trial was not available. The tapes had been disposed of some seven years after the trial in accordance with then-existing policies. A challenge based on the destruction of the tapes and the appellant's consequential inability to make full answer and defence, under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, was dismissed by the trial judge and rejected as a ground of appeal by the Court of Appeal. That issue is not before us.

1 La transcription du procès n'était pas disponible. Les cassettes avaient été détruites quelque sept ans après le procès conformément aux politiques en vigueur à l'époque. La juge du procès a rejeté une contestation fondée sur l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans laquelle l'appelant invoquait la destruction des cassettes et son impossibilité, en conséquence, de présenter une défense pleine et entière. La Cour d'appel a ensuite rejeté cette contestation comme motif d'appel. Nous ne sommes pas saisis de cette question.

incident could not be used to connect him to the charge involving J.M. and, for that reason (among others that are no longer in issue), it should not be received as similar fact evidence.

III. Ruling on the Similar Fact *Voir Dire*, Kelowna Docket No. 61071-3, September 29, 2006 (un-reported)

[14] The trial judge instructed herself on the general principles that govern the admissibility of similar fact evidence, as well as the particular requirements that apply when the similar fact evidence is being tendered to prove identity, relying on two decisions of this Court: *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, and *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908.

[15] Initially, the trial judge considered the similarities and dissimilarities between the crime charged (the sexual assault on J.M.) and the proposed similar fact evidence (the sexual assault on J.S.) with a view to determining whether she was satisfied that the same person likely committed both assaults. This test is sometimes referred to as the first of the *Arp* tests (see *Arp*, at paras. 48-50). Her careful and detailed review of the salient evidence led her to find that she was so satisfied — a finding that the appellant does not challenge in this Court:

Based on the enumeration of similarities set out above, I find that there is a striking similarity between the similar act evidence pertaining to the 1993 sexual assault of J.S. when compared to the alleged sexual assault of J.M. I find the similar act evidence to be highly probative in relation to the issue of identity of the perpetrator of the sexual assault on J.M. In accordance with the steps of analysis set out in *Arp* at ¶ 50, the significant similarities of the 1993 sexual assault make it highly probative evidence and outweigh its prejudicial effect. The high degree of similarity makes it unlikely that the accused's involvement in the alleged act is a product of coincidence. I find, based on the degree of striking similarity,

J.S. En conséquence, il a soutenu que l'incident dont J.S. a été victime ne permettait pas de le rattacher à l'accusation déposée à l'égard de J.M. et que, pour ce motif (les autres motifs n'étant plus contestés), l'incident ne pouvait être admis comme preuve de faits similaires.

III. La décision de la juge du procès relative au voir-dire tenu quant à la demande visant à faire admettre la preuve de faits similaires, dossier de Kelowna n° 61071-3, 29 septembre 2006 (non publiée)

[14] La juge du procès s'est bien instruite quant aux principes généraux qui régissent l'admissibilité de la preuve de faits similaires et quant aux exigences précises qui s'appliquent à ce type de preuve produite pour établir l'identité. Pour ce faire, elle s'est fondée sur deux arrêts de la Cour : *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, et *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908.

[15] En premier lieu, la juge du procès a examiné les similitudes et les différences entre le crime reproché (l'agression sexuelle de J.M.) et la preuve de faits similaires proposée (l'agression sexuelle de J.S.) afin de déterminer si elle pouvait être convaincue que les deux agressions avaient probablement été commises par la même personne. On appelle parfois cette étape le premier des tests de l'arrêt *Arp* (voir *Arp*, par. 48 à 50). Son examen attentif et détaillé des éléments de preuve importants l'a amené à conclure qu'elle le pouvait — conclusion que l'appelant ne conteste pas devant la Cour :

[TRADUCTION] D'après la liste de similitudes établie précédemment, j'estime qu'il existe une similitude frappante entre la preuve de faits similaires concernant l'agression sexuelle de J.S. en 1993 et celle qui aurait été commise à l'égard de J.M. J'estime que la preuve de faits similaires est très probante eu égard à l'identité de l'auteur de l'agression sexuelle de J.M. Conformément aux étapes de l'analyse exposée au par. 50 de l'arrêt *Arp*, les similitudes importantes avec l'agression sexuelle de 1993 lui donnent un caractère très probant et l'emportent sur son effet préjudiciable. Le haut degré de similitude fait en sorte qu'il est improbable que la participation de l'accusé à l'acte reproché soit une coïncidence.

that it is likely that the same person committed both sexual assaults. [Emphasis added; ruling on *voir dire*, at para. 84.]

[16] The trial judge next addressed the twin prejudices — moral prejudice and reasoning prejudice — so identified in *Handy*, at paras. 139-47. With respect to moral prejudice, she found that the offences involving J.S. and J.M. were of a “generally similar moral character” and the evidence surrounding the 1993 sexual assault on J.S. was not such “as to cause revulsion or condemnation of the [appellant] by the trier of fact” (ruling on *voir dire*, at para. 87). Accordingly, there were no moral prejudice concerns that impeded the admission of the proposed evidence.

[17] As for reasoning prejudice, the trial judge concluded that there was no appreciable risk that the process of proving the J.S. incident would either distract the trier of fact from the offence charged, or result in the undue consumption of time. The appellant had been tried and convicted for the sexual assault on J.S. and, in the trial judge’s view, he was “not entitled . . . to be re-tried in relation to that allegation in the context of these proceedings” (para. 89).

[18] The trial judge then turned to consider whether there was “some evidence” linking the appellant to the crime against J.S. (para. 91). This test is sometimes referred to as the second of the *Arp* tests (see *Arp*, at paras. 53-57).

[19] After satisfying herself that the appellant was the same person who had been tried and convicted for the sexual assault on J.S., the trial judge noted that the Crown was relying on the appellant’s 1995 conviction for the sexual assault of J.S. to establish the necessary link. Defence counsel, she observed, was opposed to this method of establishing the link, because the appellant “may have been wrongfully convicted of that offence based on the frailties of eyewitness identification and other

Je conclus, compte tenu du degré frappant de similitudes, que les deux agressions sexuelles ont probablement été commises par la même personne. [Je souligne; décision quant au voir-dire, par. 84.]

[16] La juge du procès a ensuite abordé les deux préjudices — le préjudice moral et le préjudice par raisonnement — établis dans l’arrêt *Handy*, par. 139-147. S’agissant du préjudice moral, elle a conclu que les infractions commises à l’égard de J.S. et de J.M. avaient un [TRADUCTION] « caractère moral généralement similaire » et que les circonstances de l’agression de J.S. commise en 1993 n’étaient pas de nature à « inspirer au juge des faits un sentiment de répugnance ou de réprobation envers l’[appellant] » (décision quant au voir-dire, par. 87). Par conséquent, aucune crainte de préjudice moral n’empêchait la juge d’admettre la preuve proposée.

[17] S’agissant du préjudice par raisonnement, la juge du procès a conclu à l’absence de risque appréciable que les démarches nécessaires pour prouver l’incident dont J.S. a été victime détourneraient l’attention du juge des faits de l’infraction reprochée ou feraient en sorte que trop de temps soit passé à l’examiner. L’appellant a été jugé et reconnu coupable de l’agression sexuelle de J.S. et, selon la juge du procès, il [TRADUCTION] « n’avait pas le droit [. . .] d’être jugé de nouveau quant à cette allégation dans le contexte de la présente instance » (par. 89).

[18] La juge du procès a ensuite examiné s’il existait [TRADUCTION] « des éléments de preuve » liant l’appellant au crime commis contre J.S. (par. 91). On appelle parfois cette étape le second des tests de l’arrêt *Arp* (voir *Arp*, par. 53-57).

[19] Après s’être assurée que l’appellant était la personne qui avait été jugée et reconnue coupable de l’agression sexuelle de J.S., la juge du procès a souligné que le ministère public se fondait sur la déclaration de culpabilité prononcée contre l’appellant en 1995 relativement à l’agression sexuelle de J.S. pour établir le lien nécessaire. L’avocat de la défense, a-t-elle observé, s’est opposé à cette manière d’établir le lien parce que l’appellant [TRADUCTION] « aurait pu être condamné à tort relativement à cette

irregularities alleged to have occurred in that trial” (ruling on *voir dire*, at para. 93). In support of this position, defence counsel pointed to alleged weaknesses in the Crown’s 1995 case that had been exposed on the *voir dire* through cross-examination of some of the witnesses who testified at the 1995 trial.

[20] The trial judge refused to give effect to the defence position. She recognized that memories had faded and that some witnesses from the 1995 trial were unavailable, including the victim J.S. who had passed away in the interim. She also noted that there appeared to be some inconsistencies in the description of J.S.’s attacker by the eyewitnesses now called on this *voir dire* and the police may have engaged in some dubious practices regarding the issue of identification in 1993. However, those matters and the appellant’s denial that he had sexually assaulted J.S. would have been brought to the attention of the jury who convicted him nonetheless.

[21] In the end, the trial judge was satisfied that the Crown could use the appellant’s conviction regarding J.S. “for the limited purpose of meeting the burden of proof to a balance of probabilities that he was its likely perpetrator” (para. 95).² She knew of no rule of evidence that would preclude its use for that purpose “within the context of the alleged similar fact evidence” (para. 96). In addition, she refused to permit the appellant to challenge the 1995 conviction on the *voir dire*. In her view, not having appealed his conviction, the matter was *res judicata* and the appellant was estopped from raising it in further proceedings. At the conclusion of her ruling, the trial judge clarified that she was not precluding the appellant from challenging his 1995 conviction on the trial proper. At that stage, he

2 In framing the matter that way, the trial judge exceeded the “some evidence” test needed to establish the requisite link for admissibility purposes.

infraction compte tenu des faiblesses de l’identification par témoin oculaire et des autres irrégularités qui seraient survenues durant le procès » (décision quant au voir-dire, par. 93). Pour étayer son point de vue, l’avocat de la défense a fait ressortir les faiblesses de la preuve produite par le ministère public en 1995 qui ont été exposées durant le voir-dire, soit lors du contre-interrogatoire de certains témoins qui avaient aussi été entendus durant le procès de 1995.

[20] La juge du procès a refusé de donner effet au point de vue de la défense. Elle a reconnu que le souvenir des témoins s’était estompé et que certains de ceux qui avaient été entendus lors du procès de 1995 ne pouvaient être retrouvés ou assignés à témoigner, dont la victime J.S., décédée depuis. Elle a aussi précisé qu’il semblait y avoir quelques incohérences dans la description de l’agresseur de J.S. fournie par les témoins qui avaient été appelés à témoigner lors du voir-dire dans la présente instance et que les policiers avaient peut-être employé des pratiques douteuses quant à l’identification en 1993. Quoi qu’il en soit, ces questions et le refus de l’appelant de reconnaître qu’il avait agressé sexuellement J.S. avaient été portés à l’attention du jury qui l’a néanmoins reconnu coupable.

[21] Au final, la juge du procès a estimé que le ministère public pouvait se servir de la déclaration de culpabilité prononcée contre l’appelant à l’égard de l’agression subie par J.S. [TRADUCTION] « dans le but limité de s’acquitter du fardeau de prouver, suivant la prépondérance des probabilités, qu’il était probablement l’agresseur » (par. 95)². Elle ne connaissait aucune règle de preuve lui interdisant de s’en servir à cette fin [TRADUCTION] « dans le contexte de la preuve alléguée de faits similaires » (par. 96). Elle a, en outre, refusé d’accorder à l’appelant l’autorisation de contester la déclaration de culpabilité de 1995 lors du voir-dire. À son avis, puisqu’il n’avait pas interjeté appel de cette condamnation, la question était chose jugée et l’appelant était préclus de la soulever

2 En formulant sa conclusion en ces termes, la juge du procès a excédé les limites du critère exigeant l’existence « [d’]éléments de preuve » requis pour établir le lien nécessaire aux fins de l’admissibilité.

could take the stand and say “whatever he wanted to say about the conviction” (para. 117).

[22] Finally, the trial judge saw no impediment to using the 1995 conviction to link the appellant to the assault on J.S., even though it did not result from a plea of guilty but from a finding by a jury. In this regard, she quoted with approval the following passage from *R. v. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161 (C.A.), *per Doherty J.A.*, at p. 174:

A previous judicial determination of guilt beyond a reasonable doubt, whether based on a plea, or following a full trial is, in my view, sufficiently reliable to warrant its admissibility in a subsequent proceeding as some evidence of the facts essential to the finding of guilt.

[23] In the result, the trial judge permitted the Crown to lead the proposed similar fact evidence on the issue of identity. Seeing as she was trying the case alone, it was agreed that the *voir dire* evidence relating to the J.S. incident would form part of the trial record.

IV. Decision at Trial, 2007 BCSC 1355 (CanLII)

[24] The appellant testified at trial. He denied responsibility for the 2005 assault on J.M. and the 1993 assault on J.S. The trial judge rejected his evidence and found that it did not leave her in a state of reasonable doubt “in relation to who inserted the cork into J.M.’s vagina” (para. 208). The trial judge gave cogent reasons for coming to that conclusion. No issue is taken with this aspect of her decision.

dans d’autres instances. À la fin de sa décision, la juge du procès a toutefois précisé qu’elle n’interdirait pas à l’appelant de contester la déclaration de culpabilité de 1995 lors du procès lui-même. À cette étape, il pourrait témoigner et dire [TRADUCTION] « tout ce qu’il avait à dire au sujet de la déclaration de culpabilité le concernant » (par. 117).

[22] Enfin, la juge du procès ne voyait rien qui puisse empêcher que la déclaration de culpabilité prononcée en 1995 serve à rattacher l’appelant à l’agression de J.S., même si elle ne résultait pas d’un plaidoyer de culpabilité, mais plutôt d’un verdict prononcé par un jury. À cet égard, elle a cité en l’approuvant le passage suivant tiré de l’arrêt *R. c. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161 (C.A.), le juge Doherty, p. 174 :

[TRADUCTION] La décision antérieure d’un tribunal de déclarer un accusé coupable hors de tout doute raisonnable, peu importe si l’accusé a plaidé coupable ou si un procès complet a été tenu, est à mon avis suffisamment fiable pour justifier qu’on l’admette dans une instance ultérieure à titre d’élément de preuve des faits essentiels ayant conduit au verdict de culpabilité.

[23] En définitive, la juge du procès a permis au ministère public de produire la preuve de faits similaires sur la question de l’identité. Comme elle devait instruire l’affaire seule, il a été convenu que la preuve produite lors du *voir-dire* concernant l’agression dont J.S. avait été victime ferait partie du dossier d’instruction.

IV. Décision à l’issue du procès, 2007 BCSC 1355 (CanLII)

[24] L’appelant a témoigné au procès. Il a nié avoir été l’auteur de l’agression de J.M. en 2005 et de l’agression de J.S. en 1993. Or, la juge du procès a rejeté son témoignage, concluant que celui-ci ne l’avait pas laissée dans un état de doute raisonnable [TRADUCTION] « en réponse à la question de savoir qui avait inséré le bouchon dans le vagin de J.M. » (par. 208). La juge du procès a fourni des motifs convaincants pour expliquer comment elle était arrivée à cette conclusion. Cet aspect de sa décision n’est pas contesté.

[25] In rejecting the appellant's evidence, the trial judge reviewed the evidence of the Crown witnesses and determined that she could safely act on their testimony. At para. 193, she stated:

Based on the foregoing assessment of the reliability and credibility of all the witnesses who testified in this trial, I find that I accept the evidence of the witnesses called by the Crown, both in relation to the 1993 incident, and the present charge.

[26] In concluding that the appellant was the person who assaulted J.M., the trial judge placed considerable weight on the J.S. incident. At para. 217, she stated:

The evidence of similar fact from the 1993 incident regarding the accused and J.S. is what I find conclusive in terms of the guilt of Larry Jesse in relation to the 2005 incident. It is his highly unusual "calling card" of inserting foreign objects into the vaginas of passed out women as found in the case of J.M. that permits me to conclude his guilt in this case of the offence of sexual assault as charged.

[27] Earlier in her reasons, at para. 119, the trial judge explained that, in her capacity as trier of fact, she was satisfied, for the reasons given on the *voir dire*, that she could rely on the appellant's 1995 conviction "as proof of identification to the required balance of probabilities . . . pertaining to the identification of Larry Jesse as the perpetrator of the sexual assault of J.S. in 1993". The appellant takes issue with this aspect of her reasons. I shall address his concern in due course.

V. British Columbia Court of Appeal, 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192

[28] Chiasson J.A., writing for himself and Smith and Neilson J.J.A., engaged in a detailed review of the trial judge's evidentiary rulings and her reasons for judgment. He found no errors in her factual findings or in her legal analysis, with the possible exception that she may have erred in holding that *res judicata* prevented the appellant from challenging

[25] En rejetant le témoignage de l'appellant, la juge du procès a examiné les dépositions des témoins à charge et jugé qu'elle pouvait se fier à leurs témoignages. Voici ce qu'elle a exprimé au par. 193 :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'appréciation qui précède de la fiabilité et de la crédibilité de tous les témoins entendus durant le présent procès, j'accepte les dépositions des témoins à charge relativement tant à l'incident survenu en 1993 qu'à l'accusation imputée en l'espèce.

[26] Pour arriver à la conclusion que l'appellant était celui qui avait agressé J.M., la juge du procès a accordé une grande valeur à l'agression dont J.S. avait été victime. À cet effet, voici ce qu'elle a affirmé au par. 217 :

[TRADUCTION] La preuve de faits similaires découlant de l'incident de 1993 relatif à l'accusé et à J.S. est l'élément qui me paraît concluant pour établir la culpabilité de Larry Jesse à l'égard de l'incident survenu en 2005. Sa « carte de visite » très inhabituelle consistant à insérer des objets dans les vagins de femmes inconscientes, dont J.M., me permet de conclure à sa culpabilité relativement à l'infraction reprochée d'agression sexuelle en la présente instance.

[27] Plus tôt dans ses motifs, soit au par. 119, la juge du procès a expliqué que, en sa qualité de juge des faits, elle estimait — pour les motifs exposés à l'issue du voir-dire — qu'elle pouvait se fonder sur la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant en 1995 [TRADUCTION] « pour établir l'identification suivant la prépondérance des probabilités requise [. . .] désignant Larry Jesse comme l'auteur de l'agression sexuelle de J.S. en 1993 ». L'appellant conteste cet aspect des motifs en question. Je répondrai à ses préoccupations en temps opportun.

V. Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192

[28] Le juge Chiasson, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Smith et Neilson, s'est livré à un examen minutieux des motifs de la juge du procès ainsi que des conclusions qu'elle avait tirées relativement à la preuve. Il a estimé qu'elle n'avait commis aucune erreur, ni dans ses conclusions de fait ni dans son analyse juridique, sauf peut-être

his 1995 conviction on the *voir dire*. Whether she was correct in that conclusion was debatable following this Court's decision in *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316. Nonetheless, even if the trial judge erred in holding that *res judicata* applied, Chiasson J.A. considered the error to be harmless because:

... the appellant did not testify on the voir dire, that is, he did not directly challenge the conviction; had he attempted to do so, in my view, his attempt could have been rejected as an abuse of process at the voir dire stage of the proceeding. [para. 94]

[29] In the end, Chiasson J.A. was not persuaded that the trial judge erred in refusing to allow the appellant to contest his 1995 conviction on the *voir dire*. But even if she did err, the error occasioned no harm to the appellant because it did not prevent him from contesting the 1995 conviction "in the trial proper where his guilt or innocence was at stake and he did so" (para. 103).

[30] Chiasson J.A. further found that the trial judge was entitled to use the 1995 conviction for the limited purpose of linking the appellant to the similar acts. In this regard, at para. 104, he stated:

If the underlying rationale for the admission of similar fact evidence is met and probative value outweighs prejudice, I see no reason in principle for the exclusion of the evidence of the 1995 conviction for the purpose of considering the identification of the person who assaulted J.M. Had the trial been with a jury, it would have been incumbent on the judge to caution the jury clearly concerning the use they could make of the conviction.

lorsqu'elle a conclu, dans le cadre du voir-dire, que la doctrine de la chose jugée empêchait l'appelant de contester la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995. Pour la Cour d'appel, sa conclusion à cet égard est discutable compte tenu du jugement prononcé par la Cour dans *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316. Néanmoins, même si la juge du procès avait bel et bien commis une erreur en concluant à l'application de la doctrine de la chose jugée, le juge Chiasson a jugé que cette erreur était inoffensive pour les raisons qui suivent :

[TRADUCTION] ... l'appelant n'a pas témoigné lors du voir-dire; il n'a donc pas directement contesté la déclaration de culpabilité prononcée contre lui; s'il avait tenté de le faire, sa tentative aurait pu, à mon avis, être rejetée parce qu'elle aurait constitué un abus de procédure à l'étape du voir-dire. [par. 94]

[29] En définitive, le juge Chiasson n'était pas convaincu que la juge du procès avait commis une erreur en refusant d'autoriser l'appelant à contester, dans le cadre du voir-dire, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995. Or, selon la Cour d'appel, même si la juge du procès a commis une erreur, cela n'a eu aucune incidence sur l'appelant parce que cette erreur ne l'a pas empêché de contester la déclaration de culpabilité en question [TRADUCTION] « dans le cadre du procès lui-même, là où sa culpabilité ou son innocence étaient en jeu, ce qu'il a fait » (par. 103).

[30] Le juge Chiasson a également conclu que la juge du procès avait le droit d'utiliser la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 dans le but limité de le rattacher aux faits similaires. Voici ce qu'il a exprimé à cet égard, au par. 104 :

[TRADUCTION] Si le raisonnement qui justifie l'admission de la preuve de faits similaires est respecté et que la valeur probante l'emporte sur le préjudice, je ne vois en principe aucune raison d'exclure la déclaration de culpabilité de 1995 de la preuve dans le but d'examiner l'identité de l'agresseur de J.M. Si le procès avait été instruit devant un jury, la juge aurait eu l'obligation de mettre le jury clairement en garde pour leur indiquer comment ils pouvaient utiliser cette déclaration de culpabilité.

VI. Issues

[31] In my view, this appeal raises the following three issues:

- (1) Was the Crown entitled to lead the appellant's 1995 conviction on the similar fact *voir dire*?
- (2) Was the appellant entitled to challenge his 1995 conviction on the similar fact *voir dire*?
- (3) Did the trial judge commit reversible error in finding, on the trial proper, that the appellant was likely the person who assaulted J.S.?

VII. Analysis

A. *Issue 1 — Was the Crown Entitled to Lead the Appellant's 1995 Conviction on the Similar Fact Voir Dire?*

- (i) The 1995 Conviction Was Admissible As "Some Evidence" Linking the Appellant to the Assault on J.S.

[32] In assessing whether the appellant's 1995 conviction was admissible on the similar fact application, it is important to understand the purpose for which the Crown felt the need to introduce it. Context plays a central role in the analysis.

[33] In this case, the appellant chose to challenge the admissibility of the similar fact evidence on the basis that it failed both of the *Arp* tests, that is: (1) the nature and circumstances of the assaults on J.S. and J.M. were insufficiently similar to warrant a finding that they were likely the work of one person; and (2) the evidence linking the appellant to

VI. Les questions en litige

[31] À mon avis, le présent pourvoi soulève trois questions :

- (1) Le ministère public avait-il le droit de produire la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires?
- (2) L'appelant avait-il le droit de contester la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires?
- (3) La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision lorsqu'elle a conclu, lors du procès lui-même, que l'appelant était probablement l'agresseur de J.S.?

VII. Analyse

A. *Première question — Le ministère public avait-il le droit de produire la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires?*

- (i) La déclaration de culpabilité de 1995 était admissible pour satisfaire à l'exigence de l'existence « [d']éléments de preuve » rattachant l'appelant à l'agression de J.S.

[32] Pour savoir si la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 était admissible dans le cadre de la demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires, il est important de comprendre les raisons qui ont motivé le ministère public à la produire. Le contexte joue un rôle central dans l'analyse.

[33] En l'espèce, l'appelant a choisi de contester l'admissibilité de la preuve de faits similaires au motif qu'elle ne répondait pas aux deux tests de l'arrêt *Arp*, parce que (1) la nature et les circonstances des agressions de J.S. et de J.M. n'étaient pas suffisamment similaires pour autoriser une conclusion portant qu'elles étaient probablement le

the attack on J.S. was at best tenuous and it did not pass the “some evidence” threshold.

[34] Had the appellant conceded his involvement in the attack on J.S. and restricted his challenge to the first of the *Arp* tests, there would have been no reason for the Crown to lead the 1995 conviction and no basis for doing so. The trial judge would have confined her inquiry to the similarities and dissimilarities between the two assaults, which on the facts of this case, did not involve a challenge to any of the other essential elements of the crime (such as consent) against J.S. Depending on her finding, she would then have gone on to decide whether, overall, the probative value of the proposed evidence exceeded its prejudicial effect.

[35] But that is not what occurred. The appellant sought to contest the fact that he was the person responsible for the 1993 attack on J.S. — the second of the *Arp* tests — thereby requiring the Crown to prove his involvement. That of course was his right. In doing so, however, he sought to prevent the Crown from using his 1995 conviction to link him to the attack on J.S. The trial judge and the Court of Appeal ruled against him on that issue — as do I.

[36] In my view, the appellant’s 1995 conviction constituted the best evidence the Crown had available to it to link him to the attack on J.S. In the context of a similar fact application, if an accused has been convicted of the conduct that forms the similar fact evidence, the conviction may be tendered to establish an essential element of the prior offence where that element has been placed in issue.

[37] The fact that the appellant’s conviction stemmed from a jury trial, as opposed to a guilty plea, did not alter its cogency, and hence

fait d’une seule et même personne, et parce que (2) la preuve rattachant l’appelant à l’agression de J.S. était, au mieux, faible et ne satisfaisait pas au critère exigeant l’existence « [d’]éléments de preuve ».

[34] Si l’appelant avait admis avoir participé à l’agression de J.S. et avait restreint sa contestation au premier des tests de l’arrêt *Arp*, le ministère public n’aurait eu aucune raison de produire la déclaration de culpabilité de 1995 et il n’aurait pas été justifié de le faire. La juge du procès aurait limité son analyse aux similitudes et aux différences entre les deux agressions qui, compte tenu des faits de la présente espèce, ne portaient sur aucune contestation quant aux autres éléments essentiels du crime (tel le consentement) dont J.S. a été victime. Selon la conclusion qu’elle aurait tirée, elle aurait ensuite décidé si, dans l’ensemble, la valeur probante de la preuve proposée l’emportait sur son effet préjudiciable.

[35] Or, ce n’est pas ce qui s’est produit. L’appelant a tenté de contester la responsabilité qui lui avait été imputée à l’égard de l’agression de J.S. en 1993 — le deuxième des tests de l’arrêt *Arp* —, ce qui a forcé le ministère public à prouver sa participation. Certes, il avait le droit d’agir ainsi. Cependant, faisant cela, il tentait d’empêcher le ministère public d’utiliser la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 pour le rattacher à l’agression dont J.S. avait été victime. Tant la juge de première instance que la Cour d’appel lui ont donné tort à cet égard — je souscris à leur conclusion.

[36] À mon avis, la déclaration de culpabilité de 1995 constituait la meilleure preuve dont disposait le ministère public pour rattacher l’appelant à l’agression de J.S. Dans le contexte d’une demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires, si l’accusé a été reconnu coupable du comportement visé par les faits similaires, la déclaration de culpabilité peut être produite pour établir un élément essentiel de l’infraction antérieure lorsque cet élément est en cause.

[37] Le fait que la déclaration de culpabilité de l’appelant était issue d’un procès par jury, plutôt que le fruit d’un plaidoyer de culpabilité, n’en

admissibility, as a means of establishing the narrow fact in issue, namely the issue of identity. In so concluding, I recognize that jury verdicts (and presumably verdicts rendered by judges alone) have in the past been characterized as a combination of hearsay evidence and opinion evidence, and for that reason, unlike pleas of guilty that constitute admissions, they ought not to be received for their truth. This view is attributable, at least in part, to the case of *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587, where the English Court of Appeal held that, on a subsequent trial, a conviction in a previous criminal trial was not admissible as it constituted irrelevant opinion evidence (see p. 595). The appellant relies on this case for the proposition that his prior conviction was inadmissible.

[38] I reject that line of thinking. In my view, jury verdicts and verdicts rendered by judges alone are presumptively reliable and, when it comes to the issue of identity, they should be treated that way unless overturned on appeal or later shown to be wrong. To hold otherwise would be to call into question the integrity of our entire justice system.

[39] In the criminal context, we act on verdicts to deprive people of their liberty, sometimes for life. What better yardstick against which to measure the high degree of reliability we place in them. While not foolproof, our criminal justice system contains a myriad of safeguards designed to ensure that people accused of crimes receive a fair trial and that only those who are in fact guilty are found guilty.

[40] The same holds true, in my view, if we consider verdicts as a form of opinion evidence. Jury verdicts represent the considered opinion of 12 people from different walks of life who bring a great deal of life experience to the table and who receive detailed instructions on how they are to go about

diminuait pas l'importance — et, partant, l'admissibilité — pour établir le fait limité en litige, à savoir la question de l'identité. En tirant cette conclusion, je reconnais que, dans le passé, les tribunaux ont jugé que les verdicts prononcés par des jurys (et présumément les verdicts prononcés par un juge seul) sont le fruit de la combinaison d'une preuve par ouï-dire et d'une preuve d'opinion et que, pour cette raison — contrairement aux plaidoyers de culpabilité qui constituent des aveux —, ils ne devraient pas être admis pour établir la véracité de leur contenu. Ce point de vue est attribuable, en partie à tout le moins, à l'arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587, où la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que, lors d'un procès, la déclaration de culpabilité issue d'un procès antérieur n'était pas admissible parce qu'elle constituait une preuve d'opinion non pertinente (voir p. 595). L'appelant se fonde sur cet arrêt pour dire que la déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre lui était inadmissible.

[38] Je rejette ce raisonnement. À mon sens, les verdicts prononcés par des jurys et ceux prononcés par des juges siégeant seuls sont présumés fiables et, lorsque l'identité est en cause, cette fiabilité devrait être reconnue, à moins que le verdict n'ait été infirmé en appel ou qu'il ne soit ultérieurement jugé erroné. Une conclusion contraire mettrait en doute l'intégrité de l'ensemble de notre système de justice.

[39] Dans le contexte pénal, on donne suite au verdict en privant les coupables de leur liberté, parfois à perpétuité. Il n'y a pas de meilleur critère pour mesurer le degré élevé de confiance qu'on accorde aux verdicts. Sans être parfait, notre système de justice pénale comporte une myriade de protections qui garantissent aux accusés un procès équitable et font en sorte que seuls les vrais coupables sont condamnés.

[40] À mon avis, le même raisonnement tient si nous considérons les verdicts comme une certaine preuve d'opinion. En effet, les verdicts prononcés par des jurys représentent l'opinion mûrement réfléchie de 12 personnes provenant de milieux différents qui, collectivement, réunissent une fort

their task. Judge-made verdicts represent the considered opinion of skilled men and women who are legally trained and who have promised, on oath or solemn affirmation, to uphold the law. Their work is open to scrutiny, and judges are obliged to provide reasons to explain how they arrived at their decision.

[41] Thus, verdicts are not mere “opinions”; they are the considered result of informed deliberations and, as a result, carry a high degree of reliability. Were it otherwise, we would not and could not rely on them to deprive people of their liberty.

[42] Against that backdrop, I find it counterintuitive and mechanistic to adopt a rule that automatically rejects trial verdicts for their truth on the basis that they constitute hearsay/opinion evidence of questionable value. In reality, they rank extremely high on the reliability scale and that is how they should be viewed when deciding whether they can be admitted for their truth.

[43] This Court has recently questioned the application of *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* in Canada. Binnie J., writing for a unanimous Court in *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657, canvassed the rationale for rejecting the holding of that earlier English case (paras. 44-48). In doing so, he observed that the decision has come under academic and judicial criticism for decades. One such criticism appears in *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010), at pp. 109-110, where *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* is referred to as a bundle of “indefensible technicalities”, arguably at odds with the “modern emphasis on fairness and the abuse of process, especially where the prejudiced party had a full opportunity to contest the finding against him in the earlier proceedings”. I cannot improve

grande expérience de vie et qui reçoivent des directives précises sur la manière dont ils doivent s’acquitter de leur tâche. Les verdicts rendus par les juges représentent l’opinion mûrement réfléchie de femmes et d’hommes versés dans le domaine du droit qui ont promis, sous la foi d’un serment ou d’une affirmation solennelle, de veiller à l’application des règles de droit. Leur travail est susceptible d’examen et les juges sont tenus de motiver leurs décisions pour expliquer leur raisonnement.

[41] C’est pourquoi les verdicts ne sont pas simplement des « opinions » : ils sont le fruit de délibérations mûrement réfléchies et, en ce sens, ils comportent un degré élevé de fiabilité. S’il en était autrement, nous ne fonderions pas sur eux la privation de liberté des individus ni ne pourrions le faire.

[42] Dans ce contexte, j’estime qu’il serait paradoxal et rigide d’adopter une règle qui interdirait automatiquement l’admission en preuve des verdicts prononcés à l’issue de procès pour établir la véracité de leur contenu, au motif qu’ils constituent une preuve par oui-dire ou encore une preuve d’opinion de valeur douteuse. En réalité, ils se situent extrêmement haut dans l’échelle de fiabilité et c’est ainsi qu’on devrait les considérer au moment de décider s’ils peuvent être admis pour établir la véracité de leur contenu.

[43] La Cour a récemment mis en doute l’opportunité d’appliquer l’arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* au Canada. Le juge Binnie, s’exprimant au nom des juges unanimes dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657, a exposé le raisonnement qui a mené la Cour à rejeter le jugement rendu antérieurement par la Cour d’appel d’Angleterre (par. 44-48). Ce faisant, il a observé que ce jugement avait été critiqué par les auteurs et les tribunaux depuis des décennies. L’une de ces critiques est parue dans l’ouvrage *Cross and Tapper on Evidence* (12^e éd. 2010), p. 109-110, où l’arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* est qualifié d’ensemble de [TRADUCTION] « subtilités indéfendables » qui pourraient être contraires à « l’accent mis aujourd’hui sur l’équité et l’abus de procédure, en

on Binnie J.'s analysis and do not propose to repeat it here. I agree with his conclusion in *Malik*, at para. 52:

... a prior judicial decision between the same or related parties or participants on the same or related issues [is not] merely another controversy over hearsay or opinion evidence. The court's earlier decision was a judicial pronouncement after the contending parties had been heard. . . . [F]or the reasons already discussed I would decline to give effect to the arguments made in *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* They give rise to unnecessary inefficiencies and any alleged unfairness can be addressed on a case-by-case basis according to the circumstances.

See also the earlier Ontario Court of Appeal decisions of *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266, at p. 268; and *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, at pp. 20-22, leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. viii.

[44] Although *Malik* addressed the use of prior decisions in interlocutory proceedings, Binnie J. went on to observe that “[w]hether or not a prior civil or criminal decision is admissible in trials on the merits . . . will depend on the purpose for which the prior decision is put forward and the use sought to be made of its findings and conclusions. . . . [T]he ‘weight and significance’ to be given to [it] ‘will depend on the circumstances of each case’” (paras. 46-47; quoting *Del Core*, at p. 21).

[45] I have applied that approach in assessing the issue at hand. The appellant's 1995 conviction was the product of a jury verdict. The trial was contested and the appellant mounted a vigorous defence. He was represented by counsel and had a full and fair opportunity to defend. By its verdict, the jury made it known that it was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant was the person who sexually assaulted J.S. The appellant did not

particulier lorsque la partie lésée a pleinement eu la possibilité de contester la décision rendue contre elle dans l'instance antérieure ». Je ne peux rien ajouter à l'analyse du juge Binnie et je n'entends pas la reprendre ici. Je fais mienne sa conclusion dans *Malik* :

... une décision judiciaire antérieure entre des parties ou participants qui sont les mêmes ou apparentés portant sur des questions identiques ou connexes [n'est pas] simplement une autre controverse au sujet du ouï-dire ou de la preuve d'opinion. La décision antérieure rendue par le tribunal constituait une déclaration judiciaire faite après que les parties adverses eurent été entendues. [. . .] [P]our les raisons déjà expliquées, je refuserais de donner effet aux arguments invoqués dans *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* Ils engendrent des inefficacités inutiles et si une injustice est alléguée, il est possible d'y remédier au cas par cas, selon les circonstances. [par. 52]

Voir également les arrêts rendus antérieurement par la Cour d'appel de l'Ontario, *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266, p. 268, et *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, p. 20-22, autorisation d'appel refusée [1986] 1 R.C.S. viii.

[44] Bien que dans *Malik* la Cour ait examiné l'utilisation de décisions antérieures rendues dans le cadre de procédures interlocutoires, le juge Binnie a ensuite fait observer que « [l]'admissibilité, au procès sur le fond, d'une décision antérieure en matière civile ou criminelle [. . .] dépendra des fins pour lesquelles la décision est présentée et de l'utilisation que l'on entend faire de ses conclusions. [. . .] “[L]e poids et l'importance” qu'il faut y attribuer “dépendront des circonstances de chaque cas” » (par. 46-47; citant *Del Core*, p. 21).

[45] Je me suis servi de cette analyse pour juger de la question en litige. La déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 a été le fruit du verdict prononcé par un jury. Le procès avait été contesté et l'appelant avait présenté une défense vigoureuse. Il avait été représenté par avocat et avait eu amplement l'occasion de se défendre. Par son verdict, le jury a fait savoir qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant était

appeal that verdict, nor did he challenge the seven-year sentence he received.

[46] In the circumstances, I am satisfied that the trial judge made no error in receiving the 1995 conviction on the similar fact *voir dire* for the limited purpose of linking the appellant to the sexual assault on J.S. The verdict giving rise to that conviction constituted highly reliable evidence. Moreover, it comprised the best evidence the Crown had available to it to refute the appellant's contention that he was not J.S.'s assailant. As the trial judge observed, the long gap between the J.S. and J.M. incidents had taken a toll on the Crown's ability to re-prove the J.S. case. Memories had faded, witnesses were missing and the trial transcripts were not available. The appellant's 1995 conviction, however, remained constant and undisturbed. At a minimum, it provided "some evidence", as required by *Arp*, that he was the person responsible for the assault on J.S.

[47] Indeed, in my view, a prior conviction would constitute sufficient evidence upon which a trier of fact, on the trial proper, could conclude on a balance of probabilities that an accused was the perpetrator of the prior act that formed the basis of the conviction. The trier of fact would be entitled, but of course not bound, to make such a finding. Needless to say, in deciding the matter, the trier of fact would consider any evidence the accused might adduce on the subject. The same would hold true if the accused were to challenge any of the other essential elements of the crime that formed the basis of the similar fact evidence.

[48] Of course, a finding that both of the tests in *Arp* have been met does not lead inexorably to the admission of the proposed similar fact evidence.

celui qui avait agressé J.S. sexuellement. L'appelant n'a pas porté ce verdict en appel et n'a pas non plus contesté la peine de sept ans d'emprisonnement qui lui a été infligée.

[46] Dans les circonstances, je suis d'avis que la juge du procès n'a commis aucune erreur en admettant la déclaration de culpabilité de 1995 à titre de preuve de faits similaires à l'issue du voir-dire, dans le but limité de rattacher l'appelant à l'agression sexuelle de J.S. Le verdict ayant donné lieu à cette déclaration de culpabilité constituait une preuve très fiable. En fait, il s'agissait de la meilleure preuve que le ministère public pouvait produire pour réfuter la prétention de l'appelant portant qu'il n'était pas l'agresseur de J.S. Ainsi que l'a fait observer la juge du procès, la longue période qui s'est écoulée entre les agressions dont J.S. et J.M. ont été victimes a fait en sorte que le ministère public n'a pu reprendre sa preuve concernant celle qu'a subie J.S. Le souvenir des témoins s'était estompé, des témoins ne pouvaient être retrouvés ou assignés à témoigner et les transcriptions du procès ne pouvaient être obtenues. La déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 était cependant une constante qui n'a pas été modifiée. Elle a à tout le moins établi — comme l'exige l'arrêt *Arp* —, l'existence « [d']éléments de preuve » confirmant sa responsabilité à l'égard de l'agression de J.S.

[47] J'estime en fait que, dans le cadre du procès lui-même, une déclaration de culpabilité antérieure est un élément suffisamment probant pour permettre au juge des faits de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'un accusé est l'auteur de l'acte antérieur à l'origine de la condamnation en question. Le juge des faits a le droit de tirer une telle conclusion, même si, bien entendu, il n'est pas tenu de le faire. Il va sans dire que pour trancher l'affaire, le juge des faits doit examiner toute la preuve que l'accusé peut produire à cet égard. Le même principe doit s'appliquer si l'accusé conteste tout autre élément essentiel du crime visé par la preuve de faits similaires.

[48] Certes, la conclusion selon laquelle il a été satisfait aux deux tests de l'arrêt *Arp* n'entraîne pas inexorablement l'admission de la preuve de

Because similar fact evidence is presumptively inadmissible, the trial judge must be satisfied that, overall, its probative value exceeds its prejudicial effect. That brings me to the second of the appellant's complaints concerning the admissibility of the 1995 conviction.

(ii) The Prejudicial Effect of Admitting the 1995 Conviction Did Not Warrant Its Exclusion

[49] The probative value of the 1995 prior conviction is clear. Yet, the appellant submits that its admission rendered his trial unfair. It occasioned irretrievable prejudice to him. A trier of fact could not be expected to use it solely for the purpose of linking him to the assault on J.S. Inevitably, it would lead to general disposition and impermissible propensity reasoning. Moreover, responding to a prior conviction would be an insurmountable task he could not possibly overcome. As a result, its prejudicial effect outweighed its probative value, and it should not have been received.

[50] I find the appellant's submission unpersuasive for several reasons.

[51] First, it is not uncommon for triers of fact to be exposed to prior convictions that stem from the similar fact evidence the Crown seeks to lead. Normally, these convictions are the product of guilty pleas as opposed to post-trial guilty verdicts (see, e.g., *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.); *R. v. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, leave to appeal refused [2004] 3 S.C.R. viii; and *R. v. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227 (C.A.), leave to appeal refused [2007] 3 S.C.R. x). But for purposes of assessing prejudice, I see no meaningful distinction between the two. In both instances, the trier of fact is made aware of the prior conviction and the limited use that can be made of it; and in both instances, the accused can challenge or explain the

faits similaires. En effet, ce type de preuve étant présumé inadmissible, le juge du procès doit être d'avis que, dans l'ensemble, sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable. Ces observations m'amènent à la deuxième prétention de l'appelant concernant l'admissibilité de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995.

(ii) L'effet préjudiciable découlant de l'admission de la déclaration de culpabilité de 1995 ne justifiait pas son exclusion

[49] La valeur probante de la déclaration de culpabilité antérieure prononcée en 1995 est évidente. L'appelant soutient malgré tout que l'admission de cette déclaration de culpabilité a rendu son procès inéquitable et lui a occasionné un préjudice irrémédiable. En effet, selon lui, il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que le juge des faits n'utilise la déclaration de culpabilité que pour le rattacher à l'agression de J.S. : l'adoption du raisonnement fondé sur une prédisposition générale et celui, interdit, fondé sur la propension s'ensuivraient inévitablement. En outre, selon lui, faire face à une déclaration de culpabilité antérieure constituerait un obstacle infranchissable qu'il ne pourrait surmonter. Son effet préjudiciable l'emportant, à son avis, sur sa valeur probante, il conclut que la déclaration de culpabilité n'aurait pas dû être admise.

[50] J'estime, pour plusieurs raisons, que la prétention de l'appelant n'est pas convaincante.

[51] Premièrement, il n'est pas inhabituel pour les juges des faits d'être exposés à des déclarations de culpabilités antérieures que le ministère public tente de produire afin d'établir une preuve de faits similaires. Normalement, ces déclarations de culpabilités font suite à des plaidoyers de culpabilité plutôt que d'être le fruit de verdicts de culpabilité issus de procès (voir, p. ex., *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.); *R. c. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, autorisation d'appel refusée [2004] 3 R.C.S. viii; et *R. c. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227 (C.A.), autorisation d'appel refusée [2007] 3 R.C.S. x). Or, pour les besoins de l'évaluation du préjudice, je ne vois aucune distinction significative entre les deux cas de figure. En effet,

prior conviction if he or she so chooses. The authorities cited above undercut the appellant's *per se* submission that judges and juries will inevitably engage in impermissible propensity reasoning when confronted with a prior conviction stemming from the similar fact evidence the Crown proposes to lead.

[52] Second, a prior conviction constitutes strong proof that the similar act conduct in question occurred. In that sense, it has greater probative value than an unproven allegation (see, e.g., D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (rev. 5th ed. 2008), at pp. 144-47). While a conviction may be harder to respond to than an unproven allegation, that does not make the conviction inadmissible. Just because a piece of evidence operates unfortunately for an accused does not of itself render the evidence inadmissible or the trial unfair (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 724-25, *per* La Forest J., dissenting on other grounds).

[53] Third, an accused is entitled to a fair trial, not a trial in which the playing field is tilted in his or her favour. In the similar fact *voir dire*, the appellant chose to challenge his involvement in the J.S. incident. That was his right. But the rules of evidence did not permit him to keep from the trial judge the best evidence the Crown had available to link him to that attack. For that reason, it became permissible for the Crown to lead the conviction in its case in chief on the similar fact application.

[54] Returning to the matter of fairness, I find the appellant's overall position to be untenable. On his scenario, in order to establish the identity

dans les deux cas, non seulement le juge des faits est-il informé de la déclaration de culpabilité antérieure et connaît-il l'utilisation limitée qu'il peut en faire, mais l'accusé peut toujours, s'il le souhaite, la contester ou l'expliquer. De plus, la jurisprudence précitée ébranle la prétention générale de l'appelant selon laquelle les juges et les jurys se livreront inévitablement au raisonnement interdit fondé sur la propension s'ils admettent une déclaration de culpabilité antérieure que le ministère public tente de produire pour établir une preuve de faits similaires.

[52] Deuxièmement, une déclaration de culpabilité antérieure constitue une preuve solide que le comportement visé par les faits similaires en question a eu lieu. En ce sens, sa valeur probante est supérieure à une allégation non établie (voir, p. ex., D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. rév. 2008), p. 144-147). S'il est plus difficile d'ignorer une déclaration de culpabilité que d'ignorer une allégation non établie, cette difficulté ne rend pas la déclaration de culpabilité inadmissible. Lorsqu'un élément de preuve a des conséquences malheureuses pour l'accusé, il ne devient pas en soi inadmissible ni ne rend le procès inéquitable (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 724-725, le juge La Forest, dissident sur d'autres points).

[53] Troisièmement, l'accusé a droit à un procès équitable, mais pas à un procès qui lui garantit que les règles du jeu penchent en sa faveur. Lors du *voir-dire* sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires, l'appelant a choisi de contester sa participation dans l'agression dont J.S. a été victime. Il en avait le droit. Mais, selon les règles de preuve, il n'avait pas le droit d'empêcher que la juge du procès dispose de la meilleure preuve que le ministère public pouvait obtenir pour le rattacher à l'agression. C'est la raison pour laquelle le ministère public a été autorisé à produire dans sa preuve principale la déclaration de culpabilité présentée lors du *voir-dire* tenu dans le cadre de la demande visant les faits similaires.

[54] Revenant à la question d'équité, j'estime que la thèse globale de l'appelant est indéfendable. Selon lui, pour établir le lien prouvant l'identité que

link required by the second *Arp* test, the Crown would be required to call the witnesses from the 1995 trial to re-prove its case. The appellant could cross-examine them with a view to impugning their testimony and the integrity of the police investigation — all the while suppressing the fact that he had been convicted of sexually assaulting J.S. following a trial by judge and jury. In oral argument before this Court, he went even further and submitted that if he were to testify and deny having sexually assaulted J.S., it would be impermissible for the Crown to cross-examine him on his prior conviction for credibility purposes.

[55] As I see it, the appellant must bear the inevitable consequences of his own strategic choice. That is the way our criminal justice system functions. Again, the appellant was not entitled to a trial tilted in his favour. He was entitled to a fair trial — and that is what he received.

[56] In the end, as with all similar fact evidence, it falls to trial judges, in the exercise of their discretion, to admit the evidence if its probative value exceeds its prejudicial effect and to exclude it if it does not. In concluding, as I have, that the trial judge in the instant case did not err in admitting the appellant's 1995 conviction for the limited purpose of linking him to the assault on J.S., I should not be taken as holding that prior convictions will always be admissible when similar fact evidence is tendered. Each case must be assessed on its own facts and circumstances.

[57] Here, the trial judge engaged in a comprehensive analysis of the evidence and, after applying the governing principles, she found that the probative value of the proposed evidence exceeded its prejudicial effect. Accordingly, she decided to admit the evidence. In doing so, she was entitled to consider the appellant's 1995 conviction as "some

requiert le second des tests de l'arrêt *Arp*, le ministère public devrait faire entendre les témoins qui avaient été entendus lors du procès de 1995 et ainsi reprendre sa preuve. L'appellant pourrait les contre-interroger pour tenter d'attaquer leurs témoignages et de miner l'intégrité de l'enquête policière —, et ce, tout en ne révélant pas qu'il a été déclaré coupable de l'agression sexuelle de J.S. à l'issue d'un procès devant juge et jury. Dans sa plaidoirie devant la Cour, il a poussé sa thèse au point d'affirmer que s'il témoignait et niait avoir agressé J.S. sexuellement, le ministère public ne devrait pas être autorisé à le contre-interroger sur sa déclaration de culpabilité antérieure à des fins de crédibilité.

[55] À mon sens, l'appellant doit assumer les conséquences inévitables de ses propres choix stratégiques. Il doit se plier aux rouages de notre système de justice pénale. Encore une fois, l'appellant n'avait pas droit à un procès qui penche en sa faveur; il avait droit à un procès équitable — et c'est ce qu'il a eu.

[56] En définitive, dans toute affaire comportant une preuve de faits similaires, il incombe aux juges du procès — dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire — d'admettre cette preuve si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable ou, sinon, de l'exclure. Cela étant dit, je conclus, certes, que la juge du procès en l'espèce n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a admis la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant en 1995 dans le but limité de le rattacher à l'agression de J.S., mais je ne voudrais pas laisser entendre que les déclarations de culpabilités antérieures seront toujours admissibles sur présentation d'une preuve de faits similaires. Chaque cas est un cas d'espèce devant être évalué sur la foi des faits et des circonstances en cause.

[57] En l'espèce, la juge du procès s'est livrée à une analyse exhaustive de la preuve et, après avoir appliqué les principes directeurs, elle a conclu que la valeur probante de la preuve proposée l'emportait sur son effet préjudiciable. Elle a donc décidé d'admettre la preuve. Partant, elle avait le droit de juger que la déclaration de culpabilité prononcée

evidence” linking him to the J.S. incident. I see no basis for interfering with her decision.

B. *Issue 2 — Was the Appellant Entitled to Challenge His 1995 Conviction on the Similar Fact Voir Dire?*

[58] The trial judge precluded the appellant from challenging his 1995 conviction on the *voir dire*. She found that he was estopped from doing so by virtue of the doctrine of *res judicata*. The British Columbia Court of Appeal concluded that while the trial judge may have erred in this regard, had the appellant attempted to directly challenge his conviction at the *voir dire* stage, his attempt could have been rebuffed as an abuse of process.

[59] In deciding whether the appellant could or could not challenge his conviction on the *voir dire*, I am respectfully of the view that labels such as *res judicata* and abuse of process are unhelpful and inappropriate. In the wake of this Court’s decision in *Mahalingan*, it is clear that neither of these doctrines can prevent an accused from challenging a prior conviction on a *voir dire*. The answer, I believe, lies in the trial judge’s right to control the proceedings.

[60] In terms of controlling the proceedings, it is important in any given case to stay focussed on the purpose for which the similar fact evidence is being tendered and the rules that govern its admission. Here, the evidence was being put forward to prove identity. To be admissible for that purpose, among other things, the Crown had to lead “some evidence” linking the appellant to the assault on J.S. As discussed, it was open to the Crown to lead the appellant’s prior conviction to establish the necessary link, since the accused chose to put identity in issue.

en 1995 contre l’appelant satisfaisait à l’exigence de l’existence « [d’]éléments de preuve » le rattachant à l’agression dont J.S. a été victime. Je ne vois aucune raison de modifier sa décision.

B. *Deuxième question — L’appelant avait-il le droit de contester la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l’admissibilité de la preuve de faits similaires?*

[58] La juge du procès n’a pas autorisé l’appelant à contester, lors du voir-dire, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995. Elle a jugé qu’il en était préclus en raison de la doctrine de la chose jugée. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que la juge du procès a peut-être commis une erreur à cet égard, mais que si l’appelant avait tenté de contester directement la déclaration de culpabilité à l’étape du voir-dire, sa tentative aurait pu être écartée parce qu’elle aurait constitué un abus de procédure.

[59] Avec égards, j’estime que les termes *chose jugée* et *abus de procédure* sont inutiles et inappropriés pour répondre à la question de savoir si l’appelant pouvait contester, à l’étape du voir-dire, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Dans la foulée de l’arrêt *Mahalingan* de la Cour, il est évident que ni l’une ni l’autre de ces doctrines ne sauraient empêcher un accusé de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre d’un voir-dire. La réponse, à mon avis, tient au droit du juge du procès d’être maître de la conduite de l’instance.

[60] S’agissant de la conduite de l’instance, il importe dans toute affaire que le juge ne perde pas de vue le but recherché par la partie qui entend produire une preuve de faits similaires ainsi que les règles qui régissent son admission. En l’espèce, la preuve était présentée pour prouver l’identité. Pour que la preuve puisse être admise à cette fin, le ministère public devait, entre autres choses, présenter « des éléments de preuve » rattachant l’appelant à l’agression de J.S. Comme je l’ai dit, le ministère public pouvait produire la déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre l’appelant pour établir le lien requis, puisque ce dernier avait choisi de contester l’identité.

[61] To the extent that an accused wishes to challenge a prior conviction at the *voir dire* stage, I see no reason why he or she should be automatically foreclosed from doing so. If, for example, an accused could show that the conviction in question had been overturned on appeal or set aside pursuant to an Application for Ministerial Review under s. 696.3(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, surely he or she should be able to lead that evidence. Likewise, if there were fresh or additional evidence available that could, if believed, cast serious doubt on the integrity of the prior conviction, a trial judge might well decide to hear it.

[62] The situations I have mentioned, in which evidence challenging a prior conviction may be adduced on a *voir dire*, are not meant to be exhaustive and should not be taken as such. Such situations will, however, be rare.

[63] In cases like the present one, at the *voir dire* stage, given the low evidentiary threshold (“some evidence”) that must be met to link an accused to the similar act, a trial judge could reject a request to lead evidence to challenge the admissibility of a conviction if he or she believed there was no reasonable likelihood that it would impact on the admissibility of the evidence. Again, this is a function of the trial judge’s right to control the proceedings. Judicial resources are scarce and they ought to be used constructively, not wasted on pointless litigation. As this Court held in *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 31 — a case concerning the ability of an accused to cross-examine a police affiant on a *voir dire* dealing with the admissibility of wiretap evidence:

There is no point in permitting cross-examination if there is no reasonable likelihood that it will impact on

[61] Je ne vois pas pourquoi l’accusé qui entend contester une déclaration de culpabilité antérieure à l’étape du voir-dire en serait automatiquement préclus. Par exemple, si l’accusé peut établir que la déclaration de culpabilité antérieure en question a été infirmée en appel ou annulée à la suite d’une demande de révision auprès du ministre fondée sur l’al. 696.3(3)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, il devrait certainement être en mesure de produire cet élément de preuve. De même, si des éléments de preuve supplémentaires ou nouveaux, une fois jugés crédibles, permettraient de mettre sérieusement en doute l’intégrité de la déclaration de culpabilité antérieure, le juge du procès pourrait fort bien décider de les entendre.

[62] La liste des situations que j’ai évoquée, situations dans lesquelles il est possible de produire des éléments de preuve pour contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre d’un voir-dire, n’est pas censée être exhaustive et il ne faudrait pas la considérer comme telle. Il n’en demeure pas moins que ce type de situations est rare.

[63] Dans les affaires comme celle de l’espèce, vu la norme de preuve peu élevée (soit qu’il existe « des éléments de preuve ») à laquelle il faut satisfaire pour rattacher l’accusé aux faits similaires, le juge du procès pourrait, au moment du voir-dire, rejeter une demande visant la production d’éléments de preuve pour contester l’admissibilité d’une déclaration de culpabilité s’il estime qu’il n’y a aucune probabilité raisonnable que celle-ci ait une incidence sur l’admissibilité de la preuve. Là encore, il s’agit d’une question liée au droit du juge d’être maître de la conduite de l’instance. Les ressources judiciaires sont limitées et doivent être utilisées de manière constructive plutôt que gaspillées pour des contestations futiles. Comme la Cour l’a conclu dans *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 31 — une affaire portant sur la possibilité pour l’accusé de contre-interroger un policier souscripteur d’affidavit dans le cadre d’un voir-dire sur la question de l’admissibilité d’une preuve obtenue par écoute électronique :

Il ne sert à rien de permettre le contre-interrogatoire s’il n’existe aucune probabilité raisonnable que celui-ci

the question of the admissibility of the evidence. The *Garofoli* threshold test is nothing more than a means of ensuring that, when a s. 8 challenge is initiated, the proceedings remain focussed and on track. . . . The *Garofoli* threshold test is all about relevancy. If the proposed cross-examination is not relevant to a material issue, within the narrow scope of the review on admissibility, there is no reason to permit it. [Emphasis added.]

[64] At trial, the situation would be different. As *Mahalingan* explains, the accused is entitled to challenge his or her prior conviction at trial. But even then, it would be open to the Crown, having successfully passed the hurdle of the similar fact *voir dire*, to introduce the prior conviction as evidence linking the accused to the similar act conduct. If the accused wished to challenge it by way of re-litigation, he or she could call the witnesses from the previous trial. While that approach might make matters more difficult for the accused, I see no reason why it should be easy for an accused to challenge, by way of re-litigation, a conviction that has been obtained following a full and fair trial.

[65] Returning to the case at hand, the situation proved to be somewhat unique in that the trial transcripts were not available. Because of that, it would appear that the Crown chose to call a number of witnesses from the 1995 trial on the *voir dire* to satisfy the second *Arp* test. As it turns out, the appellant was permitted to cross-examine them on the *voir dire* with a view to impugning their evidence and the integrity of the police investigation — just as he had at his trial in 1995. In other words, he got to challenge his conviction on the *voir dire* even though the trial judge could have precluded him from doing so on the basis that there was no reasonable likelihood that his attempt to re-litigate the J.S. incident would impact on the admissibility of the evidence in question.

ait une incidence sur la question de l'admissibilité de la preuve. Le critère préliminaire énoncé dans *Garofoli* n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que, une fois la contestation fondée sur l'art. 8 engagée, l'instance demeure sur la bonne voie. [. . .] La pertinence est l'essence du critère préliminaire de l'arrêt *Garofoli*. Si le contre-interrogatoire projeté n'est pas pertinent à l'égard d'une question substantielle, dans le cadre limité de la révision concernant l'admissibilité, il n'y a alors aucune raison de le permettre. [Je souligne.]

[64] La situation serait différente dans le cadre du procès. En effet, ainsi que la Cour l'a expliqué dans *Mahalingan*, lors du procès, l'accusé a le droit de contester une déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre lui. Or, là encore, le ministère public qui a eu gain de cause dans le cadre d'un voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires aurait la possibilité de présenter la déclaration de culpabilité antérieure pour établir le lien entre l'accusé et le comportement visé par les faits similaires. Si l'accusé tenait à la contester par voie de remise en cause, il pourrait faire entendre les témoins qui avaient été entendus lors du procès antérieur. Il est vrai que cette démarche peut compliquer la tâche de l'accusé, mais je ne vois pas pourquoi la remise en cause devrait lui permettre de contester facilement une déclaration de culpabilité obtenue à l'issue d'un procès complet et équitable.

[65] Dans le cadre de la présente affaire, la situation s'est révélée quelque peu unique parce qu'il n'a pas été possible d'obtenir les transcriptions du procès. C'est ce qui explique pourquoi, lors du voir-dire, pour satisfaire au second des tests de l'arrêt *Arp*, le ministère public a choisi d'interroger plusieurs témoins qui avaient été entendus dans le cadre du procès de 1995. Pour sa part, l'appelant a eu l'occasion de les contre-interroger pour tenter d'attaquer leurs témoignages et de miner l'intégrité de l'enquête policière — tout comme il en avait eu l'occasion dans le cadre de son procès en 1995. Autrement dit, il a eu l'occasion de contester la déclaration de culpabilité lors du voir-dire, même si la juge du procès aurait pu l'en empêcher au motif qu'il n'y avait aucune probabilité raisonnable que sa tentative de remise en cause quant à l'agression dont J.S. a été victime ait une incidence sur la question de l'admissibilité de la preuve en question.

[66] In the end, the trial judge could have foreclosed the appellant from challenging his 1995 conviction on the *voir dire* on the basis that it would have been a wasteful and pointless exercise in the circumstances. Hence, the trial judge's ruling that he was foreclosed from challenging it on a different basis was of no moment. The 1995 conviction provided the evidentiary link needed to tie the appellant to the similar act conduct. It constituted "some evidence" that he was the person who assaulted J.S., and it could not be displaced by simply re-litigating matters that had been litigated at the 1995 trial.

C. *Issue 3 — Did the Trial Judge Commit Reversible Error in Finding, on the Trial Proper, that the Appellant Was Likely the Person Who Assaulted J.S.?*

[67] The evidence from the similar fact *voir dire* was admitted on the trial proper and formed part of the record for the trial judge's consideration. In her reasons for judgment, the trial judge explained that, in her capacity as trier of fact, for reasons previously given on the similar fact *voir dire*, she could rely on the appellant's 1995 conviction as proof of identification to the required balance of probabilities that he was the person who had assaulted J.S. Accordingly, she considered it unnecessary to "repeat the *voir dire* evidence pertaining to the identification of [the appellant] as the perpetrator of the sexual assault of J.S. in 1993" (para. 119).

[68] The appellant takes issue with this aspect of the trial judge's reasons. In accordance with *Arp*, he accepts that, on the trial proper, in order to use the 1993 incident as similar fact evidence, the trial judge had to be satisfied on balance that the appellant was the person who assaulted J.S. This is a higher threshold than the "some evidence" that is required on the *voir dire*. His complaint is that, in making that finding on the trial proper, the trial

[66] En définitive, la juge du procès aurait pu interdire à l'appelant de contester, lors du voir-dire, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 au motif qu'une telle contestation aurait été un exercice futile et inutile dans les circonstances. La décision de la juge du procès d'empêcher l'appelant de la contester pour un autre motif n'a donc eu aucune incidence. La déclaration de culpabilité de 1995 a permis d'établir le lien voulu entre l'accusé et le comportement visé par les faits similaires. Grâce à elle, il existait « [un] élém[en]t de preuve » établissant que l'appelant était l'agresseur de J.S. et elle ne pouvait être écartée simplement en remettant en cause les questions qui avaient déjà été tranchées lors du procès de 1995.

C. *Troisième question — La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision lorsqu'elle a conclu, lors du procès lui-même, que l'appelant était probablement l'agresseur de J.S.?*

[67] La preuve obtenue lors du voir-dire a été admise dans le cadre du procès lui-même et faisait partie du dossier que la juge du procès a été appelée à examiner. Dans ses motifs de jugement, la juge du procès a expliqué que, en sa qualité de juge des faits, elle pouvait — pour les raisons qu'elle avait déjà exposées dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires — se fonder sur la déclaration de culpabilité de 1995 pour établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'identification de l'appelant confirmant qu'il était l'agresseur de J.S. En conséquence, elle a jugé qu'il n'était pas nécessaire de [TRADUCTION] « refaire la preuve obtenue lors du voir-dire identifiant [l'appelant] comme l'auteur de l'agression sexuelle de J.S. en 1993 » (par. 119).

[68] L'appelant conteste cet aspect des motifs de la juge du procès. Compte tenu de l'arrêt *Arp*, il reconnaît que, dans le cadre du procès lui-même, la juge du procès devait être convaincue — suivant la probabilité — qu'il était l'agresseur de J.S. pour pouvoir utiliser l'agression de 1993 comme preuve de faits similaires. Ce critère est plus rigoureux que la simple existence « [d']éléments de preuve » exigée dans le cadre du voir-dire. Il soutient qu'en

judge relied solely on the appellant's 1995 conviction — and doing so, she failed to take into account material evidence adduced on the *voir dire* and admitted at trial that challenged the integrity of that conviction. Had the trial judge considered the pertinent evidence, she may not have been satisfied, on balance, that the appellant was the person who assaulted J.S., thereby rendering the similar fact evidence valueless. In light of that error, the appellant submits that he is entitled to a new trial.

[69] I would not give effect to the appellant's submission. The trial judge was fully familiar with the evidence on the similar fact *voir dire*. In particular, she was alive to the frailties in the Crown's case in relation to the identification of the appellant as J.S.'s assailant. At para. 94 of her ruling on the similar fact *voir dire*, she made specific reference to "the weaknesses in the Crown's case in 1995 via the cross-examination [by defence counsel] on this *voir dire* of some of the witnesses that the Crown [had] called at that trial". In this regard, she noted that memories had faded, certain witnesses, including J.S., were unavailable and much had been lost with the passage of time. She also recognized that there were "some inconsistencies in the various descriptions of the perpetrator of the sexual assault of J.S. by the eyewitnesses now called on this *voir dire*, and potentially some dubious practices engaged in by the police regarding the issue of identification" (para. 94).

[70] That said, in the end, the trial judge was satisfied that she could safely rely on the evidence of

tirant cette conclusion dans le cadre du procès lui-même, la juge du procès s'est fondée uniquement sur la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 — et que, ce faisant, elle n'a pas tenu compte d'importants éléments de preuve présentés lors du voir-dire et admis lors du procès qui mettaient en cause l'intégrité de cette déclaration de culpabilité. Selon lui, si la juge du procès avait tenu compte des éléments de preuve pertinents, elle aurait pu ne pas être convaincue, suivant la prépondérance des probabilités, que l'appelant était l'agresseur de J.S., ce qui aurait privé la preuve de faits similaires de toute valeur. L'appelant prétend que cette erreur lui donne droit à un nouveau procès.

[69] J'estime que cette prétention ne mérite pas qu'on lui donne effet. La juge du procès connaissait très bien la preuve qui avait été présentée dans le cadre du voir-dire pour établir l'existence de faits similaires. Elle était tout particulièrement consciente des faiblesses de la preuve du ministère public relativement à l'identification de l'appelant confirmant qu'il était l'agresseur de J.S. Au par. 94 de la décision qu'elle a rédigée à l'issue du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires, elle a fait référence spécifiquement aux [TRADUCTION] « faiblesses de la preuve produite par le ministère public en 1995 qui ont été exposées par le contre-interrogatoire tenu dans le cadre du voir-dire [et mené par l'avocat de la défense] de certains témoins à charge qui avaient été entendus au procès tenu cette année-là ». À cet égard, elle a souligné que le souvenir des témoins s'était estompé, que certains témoins — dont J.S. — n'avaient pas pu être retrouvés ou assignés à témoigner et qu'il manquait beaucoup de renseignements parce que trop de temps s'était écoulé. Elle a également reconnu qu'il y avait « quelques incohérences dans les différentes descriptions de l'auteur de l'agression sexuelle commise contre J.S. fournies par les témoins entendus dans le cadre du présent voir-dire, et que les policiers s'étaient peut-être livrés à des pratiques douteuses relativement à la question de l'identification » (par. 94).

[70] Cela étant dit, la juge du procès a estimé, en définitive, qu'elle pouvait s'en remettre sans risque

the Crown witnesses who testified on the similar fact *voir dire*. In her reasons for judgment at para. 193, quoted above at para. 25, she stated that, based on her assessment of the credibility and reliability of all of the witnesses who testified at the trial, she “accept[ed] the evidence of the witnesses called by the Crown, both in relation to the 1993 incident, and the present charge [involving J.M.]”.

[71] Various witnesses called by the Crown on the *voir dire* identified the appellant as J.S.’s assailant. At para. 193, the trial judge plainly stated that she accepted their evidence. In so concluding, she would not have lost sight of the frailties in their evidence which she had earlier identified in her similar fact ruling.

[72] From this, it is implicit there was nothing said by the identification witnesses that caused the trial judge to question the integrity of the appellant’s 1995 conviction. On the contrary, their evidence, which she accepted, supported it. Put simply, had the trial judge made specific reference to the witnesses who testified on the *voir dire* and who identified the appellant as J.S.’s assailant, the verdict, in my view, would inevitably have been the same.

VIII. Conclusion

[73] In the circumstances of this case, the trial judge did not err in receiving the appellant’s 1995 conviction for the limited purpose of linking him to the sexual assault on J.S. The appellant did not provide a proper basis for seeking to challenge that conviction on the *voir dire*, since there was no reasonable likelihood that re-litigating the 1995 trial would have impacted on the admissibility of the evidence in question. Hence, the trial judge’s refusal to consider the matter occasioned no harm to him. On the trial proper, it is apparent that the trial judge considered the whole of the evidence in determining that she was satisfied, on balance, that

d’erreur aux dépositions des témoins à charge entendus dans le cadre du voir-dire sur l’admissibilité de la preuve de faits similaires. Au paragraphe 193 de ses motifs formulés à l’issue du procès — repris au par. 25 des présents motifs —, elle a indiqué que, après avoir apprécié la crédibilité et la fiabilité de tous les témoignages livrés durant le procès, elle [TRADUCTION] « accept[ait] les dépositions des témoins à charge relativement tant à l’incident survenu en 1993 qu’à l’accusation imputée en l’espèce [relativement à J.M.] ».

[71] Plusieurs témoins à charge ont identifié l’appelant durant le voir-dire comme étant l’agresseur de J.S. Au paragraphe 193, la juge du procès a clairement indiqué qu’elle acceptait leurs témoignages. Lorsqu’elle a tiré cette conclusion, elle n’était pas sans connaître les faiblesses de leur témoignage qu’elle avait déjà relevées dans sa décision sur les faits similaires.

[72] Ces éléments démontrent implicitement que rien dans les témoignages entendus sur la question de l’identification n’a amené la juge du procès à douter de l’intégrité de la déclaration de culpabilité de l’appelant de 1995. Au contraire, elle a accepté leurs témoignages, qui confirmaient la déclaration de culpabilité. Bref, si la juge du procès avait fait référence précisément aux témoins entendus durant le voir-dire qui ont identifié l’appelant comme étant l’agresseur de J.S., j’estime que le verdict aurait inévitablement été le même.

VIII. Conclusion

[73] Dans les circonstances, la juge du procès n’a commis aucune erreur en admettant la déclaration de culpabilité de l’appelant prononcée en 1995 dans le but limité de le rattacher à l’agression sexuelle commise contre J.S. Vu l’absence de probabilité raisonnable que la remise en cause du procès de 1995 aurait eu une incidence sur la question de l’admissibilité de la preuve, l’appelant n’a pas fondé sa contestation de la déclaration de culpabilité dans le cadre du voir-dire sur des motifs adéquats. Le refus de la juge d’examiner la question ne lui a donc causé aucun tort. Lors du procès lui-même, la juge a manifestement tenu compte de l’ensemble de la

the appellant was the person who assaulted J.S. The frailties in the evidence identifying the appellant as her attacker, though well known to the trial judge, did not cause the trial judge to doubt the integrity of the 1995 conviction.

[74] In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Q.C., Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

preuve pour conclure qu'elle était convaincue, suivant la prépondérance des probabilités, que l'appellant était l'agresseur de J.S. La juge du procès était tout à fait consciente des faiblesses de la preuve qui avait permis d'identifier l'appelant comme agresseur, mais ces faiblesses ne l'ont pas amenée à douter de l'intégrité de la déclaration de culpabilité de 1995.

[74] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, c.r., Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.P. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. R.P.

2012 SCC 22

File No.: 34038.

2011: December 16; 2012: May 11.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Power of court of appeal — Unreasonable verdict — Credibility of witnesses — Trial judge holding that testimonial evidence as whole did not raise reasonable doubt that accused guilty on charge of indecent assault with regard to incidents that had occurred more than 30 years earlier — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R.P. was convicted of indecently assaulting M.L., his sister-in-law. The trial was held more than 30 years after the impugned acts. According to M.L., the abuse had occurred when she went to babysit the children of her sister G.L. and R.P., and it had taken place in their residence on some occasions and in their car at other times when R.P. drove her home. The trial judge did not believe R.P. and set out numerous reasons to explain why he considered M.L.'s testimony credible. He accepted the police officers' testimony and held that the prosecution had proved beyond a reasonable doubt that the offence had been committed. The majority of the Court of Appeal held that the verdict was unreasonable in light of the evidence and entered an acquittal. The dissenting judge found that the trial judge had made no palpable and overriding error in assessing the evidence and that the verdict was not unreasonable.

Held (LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Deschamps, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: To decide whether a verdict

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

R.P. *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. R.P.

2012 CSC 22

N^o du greffe : 34038.

2011 : 16 décembre; 2012 : 11 mai.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Crédibilité des témoins — Juge du procès concluant que l'ensemble de la preuve testimoniale n'est pas de nature à soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé relativement à une accusation d'attentat à la pudeur concernant des événements survenus plus de 30 ans auparavant — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

R.P. a été déclaré coupable d'avoir attenté à la pudeur de M.L., sa belle-sœur. Le procès a été tenu plus de 30 ans après les actes reprochés. M.L. soutenait que les abus survenaient lorsqu'elle allait garder les enfants de sa sœur G.L. et de R.P., parfois dans la demeure de ces derniers, parfois dans leur voiture, lorsque R.P. la reconduisait chez elle. Le juge du procès n'a pas cru R.P. et a exposé de nombreuses raisons qui l'ont amené à conclure que le témoignage de M.L. était crédible. Il a retenu les témoignages des policiers. Il a été d'avis que la poursuite avait prouvé hors de tout doute raisonnable la commission de l'infraction. La Cour d'appel, à la majorité, a jugé que le verdict était déraisonnable à la lumière de la preuve et a prononcé un acquittement. La juge dissidente était d'avis que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve et que le verdict n'était pas déraisonnable.

Arrêt (les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges Deschamps, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Pour décider si un verdict est

is unreasonable, an appellate court must determine whether the verdict is one that a properly instructed jury or a judge could have rendered. A court of appeal that reviews a trial court's assessments of credibility in order to determine, for example, whether the verdict is reasonable cannot interfere with those assessments unless it is established that they cannot be supported on any reasonable view of the evidence.

In this case, the verdict was one a judge could reasonably render, and the trial judge did not draw an inference or make a finding of fact that was plainly contradicted by the evidence or was incompatible with evidence that was not otherwise contradicted or rejected. Furthermore, the trial judge's assessment of the witnesses' credibility was reasonable. The trial judge did not disregard the flaws in M.L.'s testimony, nor did he err either in taking into account her age and the time elapsed since the incidents in question or in assessing G.L.'s testimony.

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting): Even when viewed through the mandatory lens of deference, the trial judge's reasons do not resist scrutiny. On the record, no trier of fact could reasonably conclude that R.P. is guilty beyond a reasonable doubt of the offence. The trial judge's finding that there was no inconsistency between the testimony of G.L. and M.L. was plainly incompatible with the Crown's case, with the record as a whole and with M.L.'s own evidence. In particular, an integral element of M.L.'s narrative was that R.P. sexually assaulted her while his wife was about to leave for the hospital to give birth and while she was in the hospital on those occasions. G.L. testified, however, that M.L. had in fact not babysat on either of those occasions and, confronted with this, M.L. did not contradict G.L. M.L. confirmed as well G.L.'s evidence that G.L., when home, had an unobstructed view of the site of the alleged abuses. Also, G.L.'s testimony that R.P. returned home before her very rarely was inconsistent with M.L.'s allegations of regular abuse. The judge also ignored M.L.'s own evidence confirming important aspects of G.L.'s testimony tending to show that R.P. could not have assaulted M.L. as the latter alleged. Finally, to the extent that the trial judge rejected or disregarded the testimony of G.L., he did so for unsustainable reasons. He appears to have given no weight to the testimony because G.L. was too general, which is unsupported by the record, and because she was too precise, which contradicts the first reason. While the judge found that G.L. had chosen to believe R.P. because he was her husband, he disregarded the fact that she was also closely related to M.L., her sister. It was unacceptable to reject, on that ground, the evidence of the only

déraisonnable, une cour d'appel doit déterminer s'il s'agit d'un verdict qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ou qu'un juge aurait pu rendre. L'appréciation de la crédibilité faite en première instance, lorsqu'elle est revue par une cour d'appel afin notamment de déterminer si le verdict est raisonnable, ne peut être écartée que s'il est établi que celle-ci ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve.

En l'espèce, il s'agit d'un verdict qu'un juge pouvait raisonnablement prononcer, le juge du procès n'a pas tiré une inférence ou une conclusion de fait qui soit clairement contraire à la preuve ou incompatible avec une preuve non contredite ou non rejetée. Par ailleurs, l'appréciation de la crédibilité des témoins faite en première instance est raisonnable. Le juge n'a ni omis de prendre en considération les failles dans le témoignage de M.L., ni fait erreur en tenant compte de son âge et du délai écoulé depuis les événements reprochés, ni erré dans l'appréciation du témoignage de G.L.

Les juges LeBel et Fish (dissidents) : Les motifs du juge de première instance ne résistent pas à un examen attentif, même lorsqu'ils sont évalués, comme il se doit, avec un regard empreint de la déférence voulue. Compte tenu de la teneur du dossier porté à notre connaissance, aucun juge des faits ne pouvait conclure raisonnablement que R.P. est coupable de l'infraction hors de tout doute raisonnable. La conclusion du juge du procès selon laquelle le témoignage de G.L. était compatible avec celui de M.L. n'est carrément pas étayée par la preuve à charge présentée par le ministère public, le dossier dans son ensemble et, plus particulièrement, le témoignage de M.L. lui-même. Tout particulièrement, un élément essentiel du récit de M.L. porte sur le fait que R.P. l'aurait agressée sexuellement pendant que son épouse était sur le point de se rendre à l'hôpital pour accoucher et pendant que cette dernière était à l'hôpital à l'occasion des naissances. Or, selon le témoignage de G.L., M.L. n'a en fait gardé à ni l'une ni l'autre de ces occasions et, confrontée à ce témoignage, elle n'a pas contredit les propos de G.L. M.L. a aussi confirmé le témoignage de G.L. qui a affirmé que, lorsqu'elle était à la maison, elle avait une vue non obstruée du lieu où les agressions se seraient produites. En outre, le témoignage de G.L. selon qui R.P. revenait très rarement à la maison avant elle est incompatible avec les allégations d'agressions fréquentes formulées par M.L. Le juge du procès a aussi fait abstraction du témoignage de M.L. qui confirmait d'importants aspects du témoignage de G.L. tendant à démontrer que R.P. n'a pas pu agresser M.L., comme elle le prétend. Enfin, dans la mesure où le juge du procès a rejeté le témoignage de G.L. ou n'en a pas tenu compte, il l'a fait pour des motifs intenable.

person who could — other than the complainant or the accused — testify to the layout of the homes where the assaults were alleged to have occurred, to R.P.'s daily schedules and routines, and to the circumstances surrounding G.L. giving birth.

In reviewing the evidence in great detail, the majority of the Court of Appeal committed no error, as it was required to articulate as precisely as possible what features of the case support its conclusion that the verdict was unreasonable.

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; **referred to:** *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Biniaris, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 149.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Pelletier and Gagnon J.J.A.), 2010 QCCA 2237, SOQUIJ AZ-50698321, [2010] Q.J. No. 13165 (QL), 2010 CarswellQue 13100, setting aside the accused's conviction for indecent assault. Appeal allowed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Sarah-Julie Chicoine and *Jean Campeau*, for the appellant.

Yves Savard and *Claudia Langdeau*, for the respondent.

Il semble n'avoir accordé aucun poids au témoignage de G.L. parce que cette dernière était à la fois trop vague, un motif qui n'est pas étayé par le dossier, et trop précise, ce qui contredit le premier motif. Bien que le juge du procès ait conclu que G.L. avait choisi de croire R.P. parce qu'il est son mari, il a négligé le fait qu'elle est aussi étroitement liée à M.L., sa sœur. Il était inacceptable de rejeter pour un tel motif le témoignage de la seule personne qui — outre la plaignante ou l'accusé — pouvait témoigner quant à la disposition des pièces dans les maisons où les agressions auraient eu lieu, quant aux routines et à l'horaire quotidien de R.P. et quant aux circonstances entourant les accouchements de G.L.

En examinant la preuve en détail, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont commis aucune erreur, puisqu'ils étaient tenus de décrire aussi précisément que possible les éléments du dossier qui soutiennent leur conclusion selon laquelle le verdict est déraisonnable.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts appliqués : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; **arrêt mentionné :** *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Biniaris, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 149.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Pelletier et Gagnon), 2010 QCCA 2237, SOQUIJ AZ-50698321, [2010] J.Q. n° 13165 (QL), 2010 CarswellQue 13100, qui a annulé la déclaration de culpabilité d'attentat à la pudeur prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

Sarah-Julie Chicoine et *Jean Campeau*, pour l'appelante.

Yves Savard et *Claudia Langdeau*, pour l'intimé.

English version of the judgment of Deschamps, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The respondent was convicted of indecently assaulting the complainant. His trial was held more than 30 years after the impugned acts. When those acts first began, the complainant was 13 years old and the respondent, her brother-in-law, was 27. There was almost no physical evidence. The credibility of the witnesses was determinative.

[2] According to the complainant, the abuse had occurred when she went to babysit the children of her sister and the respondent, and it had taken place in their residence on some occasions and in their car at other times when the respondent drove her home. The respondent denied this.

[3] The trial judge analysed the evidence systematically. He did not believe the respondent. Neither the respondent's testimony nor that of his wife raised a reasonable doubt. The trial judge found that the testimony of the respondent's daughter had no impact on the verdict. He set out numerous reasons to explain why he considered the complainant's testimony credible. He accepted the police officers' testimony concerning an interrogation to which the respondent had submitted. The trial judge held that the evidence as a whole did not raise a reasonable doubt as to the respondent's guilt and that the prosecution had proved beyond a reasonable doubt that the offence had been committed.

[4] The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had erred in assessing the credibility of the respondent's wife. They undertook their own analysis of the evidence, concluded that the verdict was unreasonable and entered an acquittal. One judge dissented, stating that the trial judge "did not commit any palpable and overriding error in his assessment of the evidence and that the verdict handed down was not unreasonable" (2010 QCCA 2237 (CanLII), at para. 178).

Le jugement des juges Deschamps, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — L'intimé a été déclaré coupable d'avoir attenté à la pudeur de la plaignante. Le procès a été tenu plus de 30 ans après les actes reprochés. Au début des actes reprochés, la plaignante avait 13 ans, l'intimé 27. Il est son beau-frère. La preuve matérielle est pratiquement inexistante. La crédibilité des témoins est déterminante.

[2] La plaignante soutient que les abus survenaient lorsqu'elle allait garder les enfants de sa sœur et de l'intimé, parfois dans la demeure de ces derniers, parfois dans leur voiture, lorsque l'intimé la reconduisait chez elle. L'intimé nie.

[3] Le juge du procès analyse la preuve de façon systématique. Il ne croit pas l'intimé. Ni le témoignage de ce dernier ni celui de son épouse ne soulèvent de doute raisonnable. Quant au témoignage de la fille de l'intimé, il juge qu'il n'a pas d'impact sur le verdict. Il expose de nombreuses raisons qui l'amènent à conclure que le témoignage de la plaignante est crédible. Il retient les témoignages des policiers concernant un interrogatoire auquel l'intimé s'est soumis. Il est d'avis que l'ensemble de la preuve n'est pas de nature à soulever un doute raisonnable sur la culpabilité de l'intimé et que la poursuite a prouvé hors de tout doute raisonnable la commission de l'infraction.

[4] Les juges majoritaires de la Cour d'appel estiment que le juge de première instance a fait erreur dans l'appréciation de la crédibilité de l'épouse de l'intimé. Ils se livrent à leur propre analyse de la preuve et concluent que le verdict est déraisonnable. Ils prononcent un acquittement. La juge dissidente est plutôt d'avis que le juge du procès « n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve et que le verdict prononcé n'est pas déraisonnable » (2010 QCCA 2237 (CanLII), par. 178).

[5] Whether a verdict is unreasonable is a question of law. Because of the dissent on this question, the appeal comes before this Court as of right.

[6] The appellant argues that the trial judge did not err in assessing the credibility of the witnesses and that the verdict was not unreasonable. She submits that the Court of Appeal should not have interfered.

[7] In the Court of Appeal, the respondent relied on s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which is also central to the appeal to this Court. It reads as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

[8] The issue here is whether the Court of Appeal correctly applied the relevant principles.

I. Applicable Principles

[9] To decide whether a verdict is unreasonable, an appellate court must, as this Court held in *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36, determine whether the verdict is one that a properly instructed jury or a judge could reasonably have rendered. The appellate court may also find a verdict unreasonable if the trial judge has drawn an inference or made a finding of fact essential to the verdict that (1) is plainly contradicted by the evidence relied on by the trial judge in support of that inference or finding, or (2) is shown to be incompatible with evidence that has not otherwise been contradicted or rejected by the trial judge (*R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3, at paras. 4, 16 and 19-21; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190).

[5] La question de savoir si le verdict est déraisonnable est une question de droit. Vu la dissidence sur cette question, le pourvoi est soumis de plein droit à notre Cour.

[6] L'appelante soutient que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en appréciant la crédibilité des témoins et que le verdict n'était pas déraisonnable. Selon elle, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir.

[7] L'intimé a fondé son pourvoi devant la Cour d'appel sur le sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La même disposition est au centre du présent pourvoi. Elle est rédigée ainsi :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

[8] La question qui se pose consiste à déterminer si la Cour d'appel a correctement appliqué les principes pertinents.

I. Principes applicables

[9] Suivant les arrêts *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36, pour décider si un verdict est déraisonnable, la cour d'appel doit déterminer s'il s'agit d'un verdict qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ou un juge aurait pu raisonnablement rendre. La cour d'appel peut aussi conclure au caractère déraisonnable du verdict si le juge du procès tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au prononcé du verdict (1) qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui de cette inférence ou conclusion ou (2) dont on démontre l'incompatibilité avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge (*R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3, par. 4, 16 et 19-21; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190).

[10] Whereas the question whether a verdict is reasonable is one of law, whether a witness is credible is a question of fact. A court of appeal that reviews a trial court's assessments of credibility in order to determine, for example, whether the verdict is reasonable cannot interfere with those assessments unless it is established that they "cannot be supported on any reasonable view of the evidence" (*R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 7).

II. Application

[11] In the case at bar, the majority of the Court of Appeal reached their conclusions by substituting their own assessment of the credibility of the witnesses for that of the trial judge. They were not persuaded by the reasons the trial judge had given for not believing the respondent; they found that he had incorrectly assessed the significance of the testimony of the respondent's wife, and that the defence's theory of confabulation was not frivolous. In their view, the trial judge had erred in accepting the complainant's testimony. After undertaking their own assessment of the witnesses' credibility, they concluded that his verdict was unreasonable and entered an acquittal.

[12] However, that verdict was clearly one a judge could reasonably render (*Yebes, Biniaris*). Unlike my colleague Fish J., I do not find that the trial judge drew an inference or made a finding of fact that was plainly contradicted by the evidence or was incompatible with evidence that was not otherwise contradicted or rejected (*Sinclair*). Furthermore, the trial judge's assessment of the witnesses' credibility was reasonable (*Burke*). For all these reasons, I find that the intervention of the Court of Appeal cannot be justified in this case.

[13] In *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439, Arbour J. made an observation that applies in the instant case (para. 29):

... where a judge gives detailed reasons for judgment and when, as in this case, the reasons reveal that he or she was alive to the recurrent problems in this field of

[10] Si le caractère raisonnable d'un verdict est une question de droit, l'appréciation de la crédibilité des témoins constitue elle une question de faits. L'appréciation de la crédibilité faite en première instance, lorsqu'elle est revue par une cour d'appel afin notamment de déterminer si le verdict est raisonnable, ne peut être écartée que s'il est établi que celle-ci « ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve » (*R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7).

II. Application

[11] En l'espèce, les conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel reposent sur une substitution de leur opinion à celle du juge du procès en ce qui concerne l'appréciation de la crédibilité des témoins. Ils disent ne pas être convaincus par les motifs qu'a invoqués ce dernier pour refuser de croire l'intimé; ils estiment que le juge a mal mesuré la portée du témoignage de la conjointe de l'intimé et que la thèse de la fabulation avancée par la défense n'est pas frivole. Selon eux, le juge aurait commis une erreur en retenant le témoignage de la plaignante. Après avoir procédé à leur propre évaluation de la crédibilité des témoins, ils concluent que le verdict rendu en première instance est déraisonnable et prononcent l'acquittal.

[12] Pourtant nous sommes clairement en présence d'un verdict qu'un juge pouvait raisonnablement prononcer (*Yebes, Biniaris*). Contrairement à mon collègue le juge Fish, je ne crois pas que le juge du procès ait tiré une inférence ou une conclusion de fait qui soit clairement contraire à la preuve ou incompatible avec une preuve non contredite ou non rejetée (*Sinclair*). Par ailleurs, l'appréciation de la crédibilité des témoins faite en première instance est raisonnable (*Burke*). Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel ne pouvait être justifiée en l'espèce.

[13] Dans l'arrêt *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439, la juge Arbour fait une observation qui s'applique à la présente espèce (par. 29) :

... la cour d'appel n'apporte rien de particulier à l'évaluation de la preuve lorsque le juge expose des motifs de jugement détaillés qui, comme en l'espèce, révèlent

adjudication, the court of appeal brings no special insight to the assessment of the evidence. As this Court's s. 686(1)(a)(i) jurisprudence makes very clear, the fact that an appeal court judge would have had a doubt when the trial judge did not is insufficient to justify the conclusion that the trial judgment was unreasonable.

[14] The trial in the case at bar lasted five days. I will not review the evidence. Thibault J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal, did so and I agree with her reasons. However, I will address certain comments made by Fish J., who, like the majority of the Court of Appeal, reassesses the testimonial evidence. He focusses on specific excerpts from that evidence and says that he is not convinced by the reasons the trial judge gave for accepting the complainant's version of the facts and rejecting the testimony of the respondent's wife.

[15] With respect, it is my view that the trial judge did not disregard the flaws in the complainant's testimony, nor did he err either in taking into account her age and the time elapsed since the incidents in question or in assessing the testimony of the respondent's wife. The trial judge was not required to accept all aspects of the prosecution's theory or to reject it in its entirety any more than this Court is. His role as the trier of fact was to assess and give due weight to the evidence.

[16] The trial judge was fully aware of the limitations of the complainant's testimony. He considered them, quite appropriately, in the analysis that led him to conclude that he believed the complainant:

[TRANSLATION] . . . the cross-examination of the complainant showed that she had been mistaken, contradicted herself or been inconsistent on, or had no recollection of, many details of secondary importance: times, places, duration, first disclosure, frequency, divulgation, context, her personal situation or those of other people. She readily recognized this. All these flaws relating to secondary matters cannot affect her general credibility in light of the whole of the evidence. Many of the incidents in question took place thirty-four (34) years before she testified, at a time when she was only thirteen (13) years old in traumatic circumstances.

qu'il était conscient des problèmes fréquents qui survenaient dans ce domaine décisionnel. Comme l'indique très clairement la jurisprudence de notre Cour relative au sous-al. 686(1)(a)(i), le fait qu'un juge d'une cour d'appel aurait eu un doute que le juge du procès n'a pas eu est insuffisant pour justifier la conclusion que le jugement de première instance était déraisonnable.

[14] Le procès dans la présente affaire a duré cinq jours. Je ne ferai pas la revue de la preuve. Le juge Thibault, dissidente en Cour d'appel, l'a faite et je souscris à ses motifs. Je reviendrai cependant sur certains commentaires du juge Fish. Celui-ci, tout comme la majorité de la Cour d'appel, réévalue les témoignages. Il en cible certains passages et dit ne pas être convaincu par les motifs donnés par le juge de première instance pour retenir la version de la plaignante et rejeter le témoignage de l'épouse de l'intimé.

[15] Avec égards pour l'opinion exprimée par mon collègue, je suis d'avis que le juge du procès n'a ni omis de prendre en considération les failles dans le témoignage de la plaignante, ni fait erreur en tenant compte de son âge et du délai écoulé depuis les événements reprochés, ni erré dans l'appréciation du témoignage de l'épouse de l'intimé. Le juge de première instance n'était pas tenu d'accepter la théorie de la poursuite dans tous ses aspects ou bien de la rejeter en bloc — pas plus que ne l'est notre Cour d'ailleurs. Son rôle comme juge du procès était d'apprécier la preuve à sa juste valeur.

[16] Le juge de première instance était pleinement conscient des limites du témoignage de la plaignante. Il les a considérées, comme elles devaient l'être, dans l'analyse qui l'a amené à conclure qu'il croyait la plaignante :

. . . le contre-interrogatoire de la plaignante a fait ressortir des erreurs, des contradictions, des incohérences et des absences de souvenir sur bon nombre de détails d'ordre secondaire. Temps, lieu, durée, première révélation, fréquence, dévoilement, contexte, situation personnelle, pour elle-même ou celle d'une autre, elle n'a pas hésité à le reconnaître. Toutes ces failles portant sur des éléments secondaires ne sont pas de nature à affecter sa crédibilité générale dans le contexte de l'ensemble de la preuve. Dans bien des cas, les événements en cause sont survenus trente-quatre (34) ans avant son témoignage alors qu'elle n'était âgée que de treize (13)

The words of the Supreme Court that I quoted above are entirely relevant here. [A.R., vol. I, at pp. 77-78]

[17] It is clear from this quotation that the trial judge took into account the weaknesses of the complainant's testimony, including the passages referred to by Fish J., but found that this evidence was not determinative, especially given that the incidents in question had taken place 34 years before she testified, at a time when she was only 13 years old. It is up to the judge who sees and hears a witness to determine what effect the passage of time might have had and how vulnerable the witness was in light of his or her age and the factual context.

[18] As for the testimony of the respondent's wife, I will merely note that the trial judge did not, as my colleague states, fault this witness for being both too precise and too general. Nor did he find that there were no contradictions whatsoever in the complainant's testimony. Rather, he found it unlikely that the respondent's wife could remember details of daily life where there was no reason for them to have been [TRANSLATION] "fixed" in her memory. This very contrast between the fact that she testified about specific details while at the same time having recourse to general expressions supports the trial judge's finding that the witness did not really remember the specific details. In sum, the trial judge found that the respondent's wife had only a general recollection of what had happened to her 30 years earlier. His comments on the complainant's testimony and that of the respondent's wife explain his conclusion that the determinative aspects of their testimony could be reconciled. In his view, the testimony of the respondent's wife [TRANSLATION] "does not, having regard to the evidence as a whole, interfere with that of the complainant, since it also admits of occasions when she was alone with the accused" (A.R., vol. I, at p. 73). The trial judge also noted that the respondent had not denied being alone with the complainant in the house or in his car when he drove her home at night. The trial judge's approach was coherent and was also supported by the evidence.

ans, dans un contexte traumatisant. Les propos de la Cour suprême que j'ai relatés précédemment sont tout à fait applicables ici. [d.a., vol. I, p. 77-78]

[17] Cet extrait indique clairement que le juge du procès a tenu compte des faiblesses que comportait le témoignage de la plaignante, y compris les éléments figurant dans les extraits cités par le juge Fish. Le juge de première instance a cependant estimé qu'il ne s'agissait pas là d'éléments déterminants, surtout dans la mesure où les événements en cause étaient survenus 34 ans avant que la plaignante ne témoigne, alors que celle-ci n'avait que 13 ans. L'appréciation de l'effet de l'écoulement du temps et de la vulnérabilité d'un témoin en raison de son âge et du contexte factuel relève du juge qui voit et entend le témoin.

[18] Pour ce qui est du témoignage de l'épouse de l'intimé, je constate simplement que le juge du procès n'a pas, comme avance mon collègue, reproché à ce témoin d'avoir été à la fois trop précise et trop générale. Il n'a pas non plus conclu que le témoignage de la plaignante était dénué de toute contradiction. Le juge de première instance a plutôt estimé invraisemblable que l'épouse de l'intimé ait pu se souvenir de détails de la vie quotidienne, alors que rien ne justifiait que cela soit « figé » dans sa mémoire. C'est justement ce contraste entre le fait qu'elle témoigne de détails précis, tout en ayant par ailleurs recours à des expressions générales, qui soutient la conclusion du juge que le témoin ne se souvenait pas réellement des détails précis. En somme, le juge du procès estime que l'épouse de l'intimé n'a qu'un souvenir général de ce qu'elle a vécu 30 ans plus tôt. Les observations du juge relatives au témoignage de la plaignante et à celui de l'épouse de l'intimé expliquent qu'il puisse conclure que ces témoignages sont, dans leurs aspects déterminants, réconciliables. Selon lui, le témoignage de l'épouse de l'intimé « n'interfère pas dans celui de la plaignante, compte tenu de l'ensemble de la preuve, puisqu'il laisse place, au surplus, à des moments où elle était seule avec l'accusé » (d.a., vol. I, p. 73). Le juge note aussi que l'intimé ne nie pas s'être trouvé seul avec la plaignante à la maison ou dans son automobile lorsqu'il allait la reconduire en fin de soirée. L'approche du juge du procès

It did not justify the intervention of the Court of Appeal.

[19] I agree with Thibault J.A., for the reasons set out above and for the reasons she gave, that the trial judge did not err in assessing the evidence.

[20] For these reasons, I would allow the appeal and restore the trial judge's verdict.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[21] This appeal by the Crown comes to us as of right on the strength of a dissent in the Court of Appeal (2010 QCCA 2237 (CanLII)).

[22] Justice Deschamps would allow the appeal and restore the respondent's conviction at trial on the ground that the majority in the Court of Appeal impermissibly substituted its own findings of fact — including its own opinion as to the credibility of witnesses — for the findings and opinion of the trial judge.

[23] With respect, I am of a different view.

[24] I agree that Pelletier J.A., delivering the reasons of the majority, reviewed the evidence in detail. He committed no error in that regard. He was not only entitled *but indeed bound* to do so: It is well established that reviewing courts, in concluding that a verdict is unreasonable, must articulate as precisely as possible what features of the case support that conclusion.

est à la fois cohérente et soutenue par la preuve. Il n'y avait pas là matière à intervention par la Cour d'appel.

[19] À l'instar de la juge Thibault, pour les motifs qui précèdent et pour ceux exposés par cette dernière, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans l'évaluation de la preuve.

[20] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir le verdict prononcé par le juge du procès.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissent) —

I

[21] Le présent pourvoi interjeté de plein droit par le ministère public émane de la dissidence d'un juge de la Cour d'appel (2010 QCCA 2237 (CanLII)).

[22] La juge Deschamps est d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées au procès contre l'intimé au motif que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont, à tort selon elle, substitué leur propre appréciation des faits — y compris leur propre opinion quant à la crédibilité des témoins — aux conclusions de faits et à l'opinion du juge du procès.

[23] Avec égards, je ne suis pas d'accord.

[24] Le juge Pelletier de la Cour d'appel, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, a certes examiné la preuve en détail. Ce faisant, il n'a commis aucune erreur. Non seulement avait-il le droit de le faire, *mais il était bel et bien tenu* de procéder à cet examen. Il est bien établi que les tribunaux qui procèdent à des révisions et qui concluent qu'un verdict est déraisonnable doivent décrire aussi précisément que possible les éléments du dossier qui soutiennent leur conclusion.

[25] To this end, a reviewing court must re-examine the entire evidentiary record at trial, consider the effect of its salient elements, and *specifically identify* aspects of the evidence — or lack of evidence — that are of particular concern (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at paras. 41-42; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 186). As McLachlin J. (as she then was) stated in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131, “[i]t is thus clear that a court of appeal, in determining whether the trier of fact could reasonably have reached the conclusion that the accused is guilty beyond a reasonable doubt, must re-examine, and to some extent at least, reweigh and consider the effect of the evidence.”

[26] That is precisely what Justice Pelletier did in this case. He took care, repeatedly and expressly, to recognize his duty as an appellate judge to show due deference to the trial judge’s findings of fact. But due deference does not preclude detailed scrutiny of the trial judge’s findings, even as to the credibility of witnesses: “. . . as a matter of law it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable” (*W. (R.)*, at pp. 131-32).

[27] Here, the majority in the Court of Appeal did not set aside the respondent R.P.’s conviction because it found the complainant insincere or mendacious. Its decision rests instead on a meticulous demonstration that the trial judge ignored or disregarded critical features of the evidence — including evidence that the complainant herself either confirmed in substance, or did not in fact contradict.

[28] It is now well established that where a trial judge draws inferences or makes findings of fact that are contrary to the evidence, he or she engages

[25] Pour ce faire, un tribunal de révision doit réexaminer l’ensemble de la preuve portée à la connaissance du juge du procès, juger de l’effet de ses principaux éléments et *repérer spécifiquement* les aspects de la preuve — ou l’absence d’éléments de preuve — qui posent particulièrement problème (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 41-42; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 186). Comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l’a affirmé dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131, « [i] est donc clair que, pour déterminer si le juge des faits aurait pu raisonnablement conclure à la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable, la cour d’appel doit réexaminer et, du moins dans une certaine mesure, réévaluer l’effet de la preuve. »

[26] C’est précisément ce qu’a fait le juge Pelletier en l’espèce. Il a pris soin de reconnaître expressément et à plusieurs reprises son devoir en tant que juge d’appel de faire preuve de déférence à l’endroit des conclusions de fait du juge du procès. Cela étant dit, faire preuve de la déférence voulue n’empêche pas de procéder à un examen méticuleux des conclusions en question, même en ce qui a trait à la crédibilité des témoins : « . . . en droit, la cour d’appel conserve le pouvoir d’écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après avoir étudié l’ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable » (*W. (R.)*, p. 131-132).

[27] Dans la présente affaire, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l’intimé R.P. non pas parce qu’ils ont jugé que la plaignante manquait de sincérité ou avait tenu des propos mensongers. Leur décision a plutôt reposé sur une démonstration scrupuleuse du fait que le juge du procès n’a pas tenu compte d’éléments cruciaux de la preuve ou en a fait abstraction — y compris des éléments de preuve que la plaignante elle-même a confirmés en substance ou n’a pas contredits.

[28] Il est maintenant bien établi que lorsqu’un juge de première instance tire des inférences ou des conclusions de fait qui sont contraires à la preuve,

in an “illogical or irrational reasoning process” that invites appellate intervention (*R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3, at paras. 15-16).

[29] In this regard, Pelletier J.A. characterized as central to the trial judge’s reasoning — and therefore decisive — the trial judge’s findings of fact related to the evidence of the complainant M.L. and that of her sister G.L., the respondent’s wife, who testified for the defendant. In particular, Pelletier J.A. considered unreasonable, because it was contrary to the evidence, the trial judge’s finding that there was no inconsistency between the testimony of G.L. and M.L. (A.R., vol. I, at p. 73; C.A. judgment, at paras. 112-17).

[30] The trial judge appears to have excused this inconsistency, at least in part, on the strength of jurisprudence which holds that child witnesses, or those testifying to events that occurred while they were children, are not held to the same standard as other witnesses (A.R., vol. I, at pp. 67-69). Yet, the complainant in this case falls into neither category. An adult witness at the time of trial, she was a teenager and not a child of tender years at the time of the alleged offences. Moreover, childhood and the passage of time may well excuse memory gaps or hazy recollection, but not precise allegations that are directly contradicted — as in this case.

[31] As we shall presently see, the trial judge erred as well in rejecting G.L.’s evidence for unsustainable reasons. He also ignored M.L.’s own evidence confirming important aspects of G.L.’s testimony tending to show that R.P. could not have assaulted M.L. as the latter alleged.

[32] In short, I agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge’s reasons do not resist scrutiny, even when viewed through the mandatory lens of deference. I agree as well that, on the record before us, no trier of fact could reasonably

il ou elle tient « un raisonnement illogique ou irrationnel » qui appelle l’intervention du tribunal d’instance supérieure (*R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3, par. 15-16).

[29] À cet égard, le juge Pelletier de la Cour d’appel a jugé que les conclusions de fait du juge du procès relatives aux témoignages de la plaignante M.L. et de sa sœur G.L. — l’épouse de l’intimé, qui a témoigné en faveur de ce dernier — étaient cruciales dans son raisonnement et, par conséquent, décisives. Plus particulièrement, pour le juge Pelletier, la conclusion du juge du procès selon laquelle le témoignage de G.L. était compatible avec celui de M.L. était déraisonnable parce qu’elle était contraire à la preuve (d.a., vol. I, p. 73; jugement de la C.A., par. 112-117).

[30] Le juge du procès semble avoir excusé ces contradictions, du moins en partie, en se fondant sur une jurisprudence selon laquelle les témoins enfants ou les témoins qui relatent des événements survenus lorsqu’ils étaient enfants ne sont pas assujettis à la même norme que les autres témoins (d.a., vol. I, p. 67-69). Or, la plaignante en l’espèce n’appartient à ni l’une ni l’autre de ces catégories. Un témoin adulte au moment du procès, elle était une adolescente et non une enfant en bas âge au moment où les crimes présumés auraient été commis. En outre, si l’enfance et le passage du temps peuvent excuser certains trous de mémoire ou le flou de certains souvenirs, ils ne peuvent pas excuser les allégations précises directement contredites — comme celles entendues en l’espèce.

[31] Comme nous le verrons, le juge du procès a aussi commis une erreur en rejetant le témoignage de G.L. pour des motifs intenable. Qui plus est, il n’a pas tenu compte du témoignage de M.L. qui, lui-même, confirmait d’importants aspects du témoignage de G.L. tendant à démontrer que R.P. n’a pas pu agresser M.L., comme elle le prétend.

[32] Bref, je souscris à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle les motifs du juge de première instance ne résistent pas à un examen attentif, même lorsqu’ils sont évalués, comme il se doit, avec un regard empreint de la

conclude that R.P. is guilty beyond a reasonable doubt of the offence with which he was charged.

[33] In the result, I would dismiss the Crown's appeal.

II

[34] R.P. was convicted of indecent assault under what was s. 149 of the *Criminal Code* at the time of the alleged offences (R.S.C. 1970, c. C-34). The complainant, M.L., testified that R.P. had sexually abused her on regular and frequent occasions between 1974 and 1979, when she was between 13 and 17 and he was between 27 and 32.

[35] The Crown called four witnesses: M.L., the police officer who took her complaint, and the two officers who interrogated R.P. R.P., his wife G.L. — the complainant's sister — and their daughter C.P. testified for the defence. As Justice Deschamps mentions, the evidence in the case was entirely testimonial — the Crown adduced no material evidence. This is hardly surprising, since the offences were said to have been committed many years earlier.

[36] The complainant testified that the abuses occurred in four different situations, all involving her visits to the home of R.P. and his wife G.L. to babysit their children.

[37] First, M.L. alleged that R.P. assaulted her sexually during the two occasions when G.L. was in the hospital giving birth to her second and third children. As we shall see, this was a critical feature of her narrative. And, as we shall see as well, M.L. later conceded that she could not remember whether she — or someone else — had in fact babysat when her sister went to the hospital to give birth.

déférence voulue. Je suis aussi d'accord avec eux pour dire que, compte tenu de la teneur du dossier porté à notre connaissance, aucun juge des faits ne pouvait conclure raisonnablement que R.P. est coupable hors de tout doute raisonnable de l'infraction dont il a été accusé.

[33] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public.

II

[34] R.P. a été déclaré coupable d'attentat à la pudeur, un crime visé par l'ancien art. 149 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en vigueur au moment où les infractions auraient été commises. La plaignante, M.L., a affirmé que R.P. l'avait agressée sexuellement régulièrement et à de nombreuses reprises entre 1974 et 1979, lorsqu'elle était âgée de 13 à 17 ans, et l'accusé de 27 à 32 ans.

[35] Le ministère public a fait entendre quatre témoins : M.L., le policier qui a reçu sa plainte et les deux policiers qui ont interrogé R.P. Ce dernier, son épouse G.L. — la sœur de la plaignante — et leur fille C.P. ont témoigné pour la défense. Comme le mentionne la juge Deschamps, tous les éléments de preuve du présent dossier sont de nature testimoniale — le ministère public n'ayant fourni aucun élément de preuve matérielle. Cela n'est guère surprenant puisque les infractions auraient été commises il y a de nombreuses années.

[36] Selon la plaignante, les agressions se seraient produites dans quatre types de situations différentes ayant toutes à voir avec ses présences chez R.P. et son épouse G.L. pour garder leurs enfants.

[37] Premièrement, M.L. a prétendu que R.P. l'avait agressée sexuellement les deux fois où G.L. était à l'hôpital pour donner naissance à ses deuxième et troisième enfants. Comme nous le verrons, il s'agit d'un élément crucial de son récit. De plus, comme nous le verrons aussi, M.L. a concédé plus tard qu'elle ne se souvenait pas si elle — ou quelqu'un d'autre — avait bel et bien gardé pendant que sa sœur était à l'hôpital pour accoucher.

[38] Second, M.L. testified that R.P. assaulted her regularly while his wife was home as well, with an unobstructed view from their adjacent bedroom and with the door open. As we shall see, M.L. confirmed the evidence of G.L. regarding the layout of the apartment. Moreover, M.L. could not recall the bedroom door *ever being closed*.

[39] Third, M.L. testified that R.P. often assaulted her sexually when he returned home before his wife while M.L. was babysitting their children. During that period, said M.L., she normally came over to babysit [TRANSLATION] “around twice a week”. Here again, we shall see, the uncontradicted evidence — *largely confirmed by M.L.* — is that R.P. *rarely* came home before his wife.

[40] Finally, M.L. testified that R.P. would sometimes assault her in his car while driving her home after babysitting. As we shall see, for much of the period covered by the indictment, M.L. lived nearby and generally walked home on her own.

III

[41] I turn now to a closer look at each of the four “scenarios” alleged by the Crown.

[42] An integral element of the complainant’s narrative is that R.P. sexually assaulted her while his wife G.L. was about to leave for the hospital to give birth to their second child, while G.L. was in fact in the hospital on that occasion, and again when G.L. was in the hospital giving birth to their third child.

[43] The central importance of this branch of M.L.’s complaint is evident for several reasons.

[38] Deuxièmement, M.L. a affirmé que R.P. l’avait aussi agressée régulièrement pendant que son épouse était à la maison, et ce dans une pièce visible de leur chambre adjacente dont la porte restait ouverte. Comme nous le verrons, M.L. a confirmé le témoignage de G.L. quant à la disposition des pièces de l’appartement. En outre, M.L. a affirmé ne pas se souvenir *d’avoir jamais vu la porte de la chambre à coucher fermée*.

[39] Troisièmement, M.L. a affirmé que R.P. l’avait souvent agressée sexuellement lorsqu’il revenait à la maison avant son épouse pendant que M.L. gardait leurs enfants. Selon elle, durant cette période, elle allait garder les enfants chez sa sœur régulièrement, soit « environ deux fois par semaine ». Ici encore, nous verrons que selon les éléments de preuve non contredits — *et confirmés en grande partie par M.L.* — R.P. revenait *rarement* à la maison avant son épouse.

[40] Finalement, selon le témoignage de M.L., R.P. l’aurait parfois agressée dans sa voiture lorsqu’il allait la reconduire à la maison après qu’elle eut gardé chez lui. Comme nous le verrons, pour une grande partie de la période couverte par l’acte d’accusation, M.L. vivait à proximité du domicile de R.P. et retournait chez elle à pied la plupart du temps.

III

[41] Je me penche maintenant plus attentivement sur chacun des quatre « scénarios » allégués par le ministère public.

[42] Un élément essentiel du récit de la plaignante porte sur le fait que R.P. l’aurait agressée sexuellement pendant que son épouse G.L. était sur le point de se rendre à l’hôpital pour accoucher de leur deuxième enfant, pendant que G.L. était à l’hôpital à l’occasion de cette naissance et, à nouveau, pendant que G.L. était à l’hôpital pour accoucher de leur troisième enfant.

[43] La grande importance de ce volet de la plainte de M.L. est manifeste pour plusieurs raisons. En

According to M.L., the very first incident of abuse occurred on the night just prior to G.L. entering the hospital to give birth to her second child. M.L. testified that she was asked to stay over that night because G.L. was scheduled to go to the hospital early the next morning and someone had to look after the first child. She highlighted this element of her narrative not only in her evidence at trial but also in two letters she wrote to G.L. before going to the police:

[TRANSLATION] Like I said, it all started when I was babysitting, until what Age? And when I say that it happened when you were going to the hospital to have a baby, I remember very Well, because I was sleeping on the SOFA on [. . .] Street. I don't give a DAMN whether you BELIEVE me or not, because it's the TRUTH.

And again:

Like I said, it started on [. . .] Street. I know this will be painful for you. You had [C.] and you were ABOUT to have your 2nd baby. You had me COME OVER that NIGHT to sleep there, because you were going to the hospital the next day to have the baby, and to babysit the kid. This will hurt you, because he TOOK ADVANTAGE while you were SLEEPING and each time you went to the hospital to have a baby.

[44] G.L. testified, however, that *M.L. had in fact not babysat on either of the occasions she mentioned*. On the eve of her entering the hospital to give birth to her second child, said G.L., she brought her first child to stay with her mother. During the birth of her third child, it was both her mother and her brother who cared for the other two.

[45] Confronted with this evidence on cross-examination, M.L. *did not contradict G.L.* She could only say, repeatedly, [TRANSLATION] “I have no idea. I don't know”:

[TRANSLATION]

Q. And when the second child, [D.], was born . . .

A. Yes.

effet, selon cette dernière, le tout premier incident d'abus s'est déroulé la veille de l'entrée à l'hôpital de G.L. qui s'y est rendue pour accoucher de son deuxième enfant. M.L. a affirmé qu'on lui avait demandé de rester pour la nuit parce qu'il était prévu que G.L. se rende à l'hôpital tôt le lendemain matin et qu'il fallait que quelqu'un soit présent pour prendre soin du premier enfant du couple. Elle a insisté sur cet élément de son récit non seulement lors de son témoignage durant le procès, mais également dans deux lettres qu'elle a écrites à G.L. avant de porter plainte à la police et dont je reproduis ici textuellement deux extraits :

Comme j'ai dit tout cela a commencé quand je gardait, jusqu'à quel Âge? Et quand je dit que cela c'est produit quand tu allais à l'hôpital pour accoucher, je me souvient très Bien parce que je couchait sur le DIVAN sur la Rue [. . .] Que tu me CROIS où pas je m'en CHRIST car cela est la VÉRITÉ.

Et encore :

Comme je disais cela a commencé sur la Rue [. . .]. Je sais que cela va être pénible pour toi. Tu avais [C.] et tu était sur le BORD d'accoucher du 2^e. Tu m'avait fait VENIR le SOIR pour coucher parce que le lendemain tu entrait à l'hôpital pour accoucher, et garder le petit. Ca va te faire mal parce que pendant que tu DORMAIS, il en PROFITAIT et à chaque fois que tu entrait à l'hôpital pour accoucher.

[44] Or, selon le témoignage de G.L., *M.L. n'a en fait gardé ni à l'une ni à l'autre des occasions auxquelles elle a fait allusion*. La veille de son entrée à l'hôpital pour donner naissance à son deuxième enfant, G.L. soutient qu'elle a emmené son premier enfant chez sa mère et que lors de l'accouchement de son troisième enfant, c'est sa mère et son frère qui ont pris soin de ses deux aînés.

[45] Confrontée à ce témoignage durant son contre-interrogatoire, M.L. *n'a pas contredit les propos de G.L.* Elle ne faisait que répéter : « Aucune idée, je m'en souviens pas » :

Q. Et lors de l'accouchement du deuxième enfant, soit [D.] . . .

R. Oui.

- Q. . . . who sat [C.]?
 A. While she was in hospital to have the baby, you mean?
 Q. Yes.
 A. Well I did.
 Q. If I suggested that it was your mother, that [C.] was left with your parents when [D.] was born, wouldn't that be more accurate?
 A. . . . I have no idea. I don't remember.
 Q. When the second child, [K.], was born . . .
 A. She was the third.
 Q. The third. I'm sorry; you're right. Excuse me. When the third child, [K.], was born, do you remember who babysat [C.] and [D.]?
 A. . . . No, I don't remember.
 Q. If I suggested that your brother [P.] babysat [C.] . . . I'm sorry, that your brother [P.] babysat [D.] and your mother babysat [C.] when [K.] was born, would that be right?
 A. I have no idea. I don't remember.
 Q. You don't remember?
 A. No.

[A.R., vol. II-A, at pp. 177-78]

In his reasons for judgment, the trial judge did not mention at all M.L.'s admission that she had "no idea" and "did not remember" who had babysat on those occasions.

[46] But for M.L.'s repeated concession that she could not remember who babysat on either occasion when G.L. went to the hospital to give birth, it was perhaps open to the trial judge to reject the evidence of G.L. and to accept the earlier evidence of M.L. In my respectful view, however, the judge could not rationally have rejected or disregarded G.L.'s evidence for the reasons he gave — a matter to which I shall later return. Nor could he have reasonably concluded, as he did, that G.L.'s evidence — uncontradicted in light of M.L.'s evidence that she did not remember — was consistent with

- Q. . . . qui gardait [C.]?
 R. Pendant qu'elle accouchait à l'hôpital, c'est ça?
 Q. Oui.
 R. Bien c'est moi qui le gardais.
 Q. Si je vous suggère que c'est votre mère, c'est chez vos parents qu'avait été confié [C.] lors de l'accouchement de [D.], ce ne serait pas plutôt exact?
 R. . . . Aucune idée, je ne me souviens pas.
 Q. Lors de la naissance du deuxième enfant, [K.] . . .
 R. C'est la troisième.
 Q. Troisième, excusez-moi, vous avez raison. Excusez-moi. Lors de la naissance du troisième enfant, [K.], qui gardait [C.] et [D.], vous souvenez-vous?
 R. . . . Non, là je ne me souviens pas.
 Q. Si je vous suggère que votre frère [P.] a gardé [C.] . . . Excusez-moi. Que [D.] a été gardé par votre frère [P.] et que [C.] a été gardé par votre mère lors de l'accouchement de la naissance de [K.], est-ce que ce serait exact?
 R. Aucune idée, je m'en souviens pas.
 Q. Vous ne vous en souvenez pas?
 R. Non.

[d.a., vol. II-A, p. 177-178]

Dans ses motifs de jugement, le juge du procès n'a pas du tout mentionné l'admission de M.L. selon laquelle elle n'avait « aucune idée » et « ne [s]e souv[enait] pas » de l'identité de celui ou de celle qui avait gardé les enfants à ces occasions.

[46] En ne tenant pas compte des admissions répétées de M.L. selon lesquelles elle ne se souvenait pas de l'identité de celui ou de celle qui avait gardé les enfants les deux fois où G.L. s'est rendue à l'hôpital pour accoucher, le juge de première instance pouvait à bon droit rejeter le témoignage de G.L. et accepter le témoignage antérieur de M.L. Avec égard, je suis toutefois d'avis que le juge ne pouvait rationnellement rejeter le témoignage de G.L. ou ne pas en tenir compte pour les motifs qu'il a exposés — une question sur laquelle je vais revenir ultérieurement. Il ne peut pas non plus avoir

M.L.'s earlier allegations of abuse on both occasions.

[47] Regarding the second situation — the abuses that occurred at the house when G.L. was asleep — the trial judge himself specified that this scenario occurred [TRANSLATION] “regularly” (A.R., vol. I, at p. 56). However, G.L. testified that R.P. almost always went to bed before her because he started work early and she, a housewife, was a late-to-bed type, generally turning in between 11:30 p.m. and 1:00 a.m.

[48] Moreover, G.L. testified that she always kept her bedroom door open in order to hear if the children woke up. M.L. confirmed G.L.'s evidence in this regard and could not recall the bedroom door *ever being closed* while she was there. Consider also that M.L. testified that, save for one exception she could remember, the abuses *always* occurred on the couch in the living room. In their home from 1974-1977, the bedroom faced directly on the living room and, lying in her bed, G.L. said she *could actually see the living room couch*. M.L. also testified that when R.P. would ejaculate on her, she would walk to the bathroom to wash herself, still disrobed. In the couple's next home, where they lived from 1977-1978, the evidence of G.L. indicated that one had to pass directly in front of the bedroom in order to get to the bathroom, a fact M.L. did not deny when cross-examined in this regard.

[49] One would expect that G.L., a light sleeper suffering from insomnia, would at some point have heard or seen what M.L. alleged was happening, regularly and frequently, a few feet away, within her direct view. But M.L. confirmed that this had never occurred. Nor, according to M.L., were the frequent abuses over a period of almost five years

raisonnablement conclu, comme il l'a fait, que le témoignage de G.L. — non contredit compte tenu du témoignage de M.L. selon lequel elle ne se souvenait pas — était compatible avec les allégations formulées antérieurement par M.L. selon lesquelles elle a été agressée à ces deux occasions.

[47] Quant au deuxième type de situations — les agressions qui se seraient déroulées à la maison pendant que G.L. dormait —, le juge du procès lui-même a précisé que ce scénario survenait « régulièrement » (d.a., vol. I, p. 56). Toutefois, G.L. a affirmé que R.P. allait pratiquement toujours se coucher avant elle parce qu'il travaillait tôt et qu'elle, une femme au foyer, était une couche-tard et allait généralement se coucher entre 23 h 30 et 1 h.

[48] En outre, selon son témoignage, G.L. gardait toujours la porte de sa chambre ouverte pour pouvoir entendre les enfants s'ils se réveillaient. M.L. a confirmé le témoignage de G.L. à cet égard et ne pouvait se souvenir *d'une seule fois où* la porte de la chambre *a été fermée* pendant qu'elle était sur place. Il ne faut pas oublier non plus que selon le témoignage de M.L., sauf à une occasion dont elle se souvient, les agressions se seraient *toujours* produites sur le canapé du séjour. Or, dans la maison que R.P. et son épouse ont habitée de 1974 à 1977, la chambre à coucher était située directement en face du séjour et, couchée dans son lit, G.L. soutient qu'elle *pouvait de fait voir le canapé qui s'y trouvait*. M.L. a aussi affirmé que quand R.P. éjaculait sur elle, elle se rendait jusqu'à la salle de bain pour se laver, toujours dévêtue. Dans la maison qu'a ensuite occupée le couple, soit en 1977 et 1978, il fallait, selon le témoignage de G.L., passer directement devant la chambre pour se rendre dans la salle de bain, ce que n'a pas nié M.L. lorsqu'elle a été contre-interrogée à ce sujet.

[49] Dans les circonstances, on s'attendrait à ce que G.L., une personne au sommeil léger et souffrant d'insomnie, ait à un certain moment entendu ou vu ce que M.L. prétend qu'il se déroulait régulièrement et fréquemment, à quelques pieds de distance, à sa vue. Or, M.L. a confirmé que cela ne s'était jamais produit. Toujours selon elle, jamais

ever once suddenly interrupted because of apprehended discovery.

[50] The third circumstance in which the abuses were alleged to have occurred was on babysitting nights when R.P. would return home before G.L. G.L.'s testimony is inconsistent with M.L.'s allegations of regular abuse in this circumstance because R.P. returned home before G.L. very rarely.

[51] M.L. corroborated G.L.'s assertion that the only two reasons for which M.L. was called upon to babysit (unless G.L. and R.P. went out together, in which case the abuse would fall under the second circumstance) was when G.L. was playing bingo or seeing her mother. On these evenings, a babysitter was necessary when R.P. was also out, working as an usher — which M.L. confirmed. G.L. testified that R.P. worked late, usually until 10:45-11:00 p.m. Regarding the nights when G.L. was seeing her mother, M.L. confirmed G.L.'s evidence that their mother always went to bed early, around 9:30-10:00 p.m. To this extent, M.L. again lent support to G.L.'s evidence that she was likely to get home before R.P. on those nights. Bingo nights, according to G.L., always ended around 10:30 p.m. and it took her 15 minutes to walk home.

[52] In general, G.L. was adamant that only rarely did R.P. arrive home before her. Her evidence, once again, stands uncontradicted.

[53] Finally, we are left with the fourth circumstance — sexual assaults alleged by M.L. to have occurred in the car when R.P. drove her home. According to both G.L. and M.L., for the first five years covered by the indictment, 1974-1978, M.L. *almost always walked home* because the distance was very short. From 1978-1979, the couple lived in a home that was a 20-minute drive from M.L.'s

les fréquentes agressions qui sont survenues durant une période de près de cinq ans n'ont été soudainement interrompues par crainte qu'elles ne soient découvertes.

[50] Troisièmement, des agressions se seraient produites lorsque M.L. gardait les enfants et que R.P. était de retour à la maison avant G.L. Or, le témoignage de cette dernière est incompatible avec les allégations formulées par M.L. — selon lesquelles les agressions étaient fréquentes dans ces circonstances — parce que R.P. revenait très rarement à la maison avant G.L.

[51] M.L. a corroboré l'affirmation de G.L. selon laquelle elle n'a été appelée à garder que pour deux raisons (sauf si G.L. et R.P. sortaient ensemble auquel cas les agressions se seraient déroulées selon le deuxième type de circonstances) : si G.L. allait jouer au bingo ou si elle allait voir sa mère. Ces soirs-là, il fallait une gardienne si R.P. sortait lui aussi pour travailler comme placier — ce qu'a confirmé M.L. G.L. a précisé que R.P. travaillait tard, habituellement jusqu'à 22 h 45, 23 h. Quant aux soirs où G.L. rendait visite à sa mère, M.L. a confirmé le témoignage de G.L. selon lequel leur mère se couchait toujours tôt, soit vers 21 h 30, 22 h. Dans cette mesure, M.L. a encore soutenu le témoignage de G.L. quand elle a précisé qu'il était fort probable qu'elle rentre à la maison avant R.P. ces soirs-là. Selon G.L., les soirées de bingo se terminaient toujours vers 22 h 30 et il lui fallait 15 minutes pour retourner chez elle à pied.

[52] En règle générale, G.L. a soutenu avec force que ce n'était que rarement que R.P. arrivait à la maison avant elle. Encore une fois, son témoignage n'a pas été contredit.

[53] Finalement, il ne nous reste que le quatrième type de circonstances à examiner — soit lorsque les agressions sexuelles présumées se seraient déroulées, selon M.L., dans la voiture lorsque R.P. la reconduisait chez elle. Tant selon G.L. que selon M.L., durant les cinq premières années visées par l'acte d'accusation, soit de 1974 à 1978, M.L. *retournait pratiquement toujours chez elle à pied* compte tenu

residence. During that period, however, M.L. testified that she babysat relatively infrequently.

[54] To the extent that the trial judge rejected or disregarded the testimony of G.L., he did so for unsustainable reasons.

[55] First, the trial judge faulted G.L. for being suspiciously precise in her recollection of dates and times. It was, he said, [TRANSLATION] “unlikely that she could remember, thirty (30) years later, so many specific details about the comings and goings of the accused and herself and the times at which they got home” (A.R., vol. I, at p. 73). In fact, *nowhere in her evidence* does G.L. purport to recall the “specific details” imputed to her by the trial judge. In fact, as the trial judge himself recognized, G.L. repeatedly used terms like “generally, almost always, most of the time, maybe, I don’t remember and approximately” (A.R., vol. I, at p. 73). In short, the trial judge appears to have given no weight to G.L.’s testimony for one reason unsupported by the record, and a second reason that contradicts the first: That she was too general — and too precise.

[56] Second, the trial judge found that G.L. had chosen to believe R.P. because she is [TRANSLATION] “related” to her husband (A.R., vol. I, at p. 73), disregarding the fact that she was also closely related to the complainant, her sister. It seems to me unacceptable as well to reject on the ground of relationship the evidence of *the only person* who could — other than the complainant or the accused — testify to the layout of their previous homes, to R.P.’s daily schedules and routines, and to the circumstances surrounding her giving birth. And I recall here once again that the *complainant confirmed much of G.L.’s evidence in each of these regards*.

[57] The final reason the trial judge gave for disregarding G.L.’s testimony was that it was not inconsistent with M.L.’s. This conclusion, as we have

de la courte distance à parcourir. En 1978 et 1979, le couple vivait dans une maison située à 20 minutes en voiture de la résidence de M.L. Or, de l’aveu même de M.L., durant cette période, elle a gardé relativement peu souvent.

[54] Dans la mesure où le juge du procès a rejeté le témoignage de G.L. ou n’en a pas tenu compte, il l’a fait pour des motifs intenable.

[55] Premièrement, le juge du procès a tenu rigueur à G.L. pour avoir eu des souvenirs des dates et des heures si précis que cela, selon lui, en était suspect. Il était, a-t-il dit, « invraisemblable qu’elle puisse se souvenir, trente (30) ans plus tard, d’autant de détails précis sur les allées et venues et d’heures d’entrée de l’accusé et d’elle-même » (d.a., vol. I, p. 73). En fait, *nulle part dans son témoignage* G.L. ne prétend-elle se souvenir des « détails précis » que le juge du procès lui attribue. En fait, comme ce dernier l’a lui-même reconnu, G.L. a utilisé à répétition des expressions telles « généralement, pas mal toujours, la plupart du temps, peut-être, pas souvenir et environ » (d.a., vol. I, p. 73). Bref, le juge du procès semble n’avoir accordé aucun poids au témoignage de G.L. d’abord pour un motif qui n’est pas étayé par le dossier et ensuite pour un autre qui contredit le premier, soit qu’elle était à la fois trop précise et trop vague.

[56] Deuxièmement, le juge du procès a conclu que G.L. avait choisi de croire R.P. parce qu’elle est « une personne liée » à son mari (d.a., vol. I, p. 73), négligeant le fait qu’elle était aussi étroitement liée à la plaignante, sa sœur. Il me paraît également inacceptable de rejeter, sur la foi des liens entre les personnes en cause, le témoignage de *la seule personne* qui — outre la plaignante ou l’accusé — pouvait témoigner quant à la disposition des pièces dans leurs maisons précédentes, quant aux routines et à l’horaire quotidien de R.P. et quant aux circonstances entourant ses accouchements. Je le rappelle ici, encore une fois, *la plaignante a confirmé de larges pans du témoignage de G.L. quant à chacun de ces éléments de faits*.

[57] Le dernier motif sur lequel le juge du procès a fondé sa décision de ne pas tenir compte du témoignage de G.L. tenait à l’absence d’incompatibilité

seen, is plainly incompatible with the Crown's case against the accused, with the record as a whole and, more particularly, with M.L.'s own evidence. In arriving at a different conclusion, Justice Deschamps writes:

In [the trial judge's] view, the testimony of the respondent's wife [TRANSLATION] "does not, having regard to the evidence as a whole, interfere with that of the complainant, since it also admits of occasions when she was alone with the accused" The trial judge also noted that the respondent had not denied being alone with the complainant in the house or in his car when he drove her home at night. [para. 18]

[58] But this was not the Crown's case against the respondent at trial. Nor is it the Crown's position in this Court. On the contrary, the Crown insists that [TRANSLATION] "the instances of abuse were numerous and occurred routinely" (transcript, at p. 16) and were not isolated "occasions when she was alone with the accused", either in the respondent's home or in his car.

[59] The complainant herself testified that she babysat the children of G.L. and R.P. twice a week during most of the relevant period. Asked whether the abuse [TRANSLATION] "was repeated practically every time", she replied: "That's right" (A.R., vol. II-A, at p. 159).

[60] In short, the complainant testified that she was abused by R.P. while babysitting when G.L. was in the hospital giving birth to their second and third children. G.L. testified that the complainant *did not babysit on either occasion*. The complainant's evidence was that R.P. again abused her [TRANSLATION] "practically every time" she babysat during the five years covered by the indictment. G.L. testified that R.P. was rarely home without her and that, when home, she had an unobstructed view of the scene of the alleged abuse during much of the relevant period.

entre ce dernier et celui de M.L. Comme nous l'avons vu, cette conclusion est carrément incompatible avec la preuve à charge présentée par le ministère public, avec le dossier dans son ensemble et, plus particulièrement, avec le témoignage de M.L. lui-même. La juge Deschamps qui conclut autrement écrit que :

Selon [le juge du procès], le témoignage de l'épouse de l'intimé « n'interfère pas dans celui de la plaignante, compte tenu de l'ensemble de la preuve, puisqu'il laisse place, au surplus, à des moments où elle était seule avec l'accusé » [. . .]. Le juge note aussi que l'intimé ne nie pas s'être trouvé seul avec la plaignante à la maison ou dans son automobile lorsqu'il allait la reconduire en fin de soirée. [par. 18]

[58] Or, cela ne correspond ni à la thèse du ministère public ni à la preuve à charge présentée contre l'intimé au procès. Cela n'est pas non plus la position qu'a défendue le ministère public devant la Cour. Au contraire, ce dernier a insisté pour dire que « les abus ont été nombreux et routiniers » (transcription, p. 16) — et non pas des événements isolés « à des moments où elle était seule avec l'accusé », soit dans la maison de l'intimé, soit dans sa voiture.

[59] La plaignante elle-même a affirmé qu'elle a gardé les enfants de G.L. et de R.P. deux fois par semaine durant la majorité de la période pertinente. Lorsqu'on lui a demandé si les agressions « se répé[er]t pratiquement à chaque fois », elle a répondu : « Exact » (d.a., vol. II-A, p. 159).

[60] Bref, la plaignante a affirmé qu'elle a été agressée par R.P. lorsqu'elle gardait pendant que G.L. était à l'hôpital pour donner naissance à leurs deuxième et troisième enfants. Or, selon le témoignage de cette dernière, la plaignante *n'a gardé à ni l'une ni l'autre de ces occasions*. D'après le témoignage de la plaignante, R.P. l'aurait agressée « pratiquement à chaque fois » qu'elle gardait durant les cinq ans visés par l'acte d'accusation. G.L. a affirmé, pour sa part, que R.P. était rarement à la maison sans qu'elle y soit et que, lorsqu'elle était présente, elle avait une vue non obstruée du lieu où les agressions se seraient produites durant une grande partie de la période pertinente.

[61] It thus seems to me unreasonable, if I may say so with respect, to find that G.L.'s testimony does not [TRANSLATION] "interfere with" — or tend to contradict or render implausible — the evidence of the complainant, M.L.

IV

[62] For all of these reasons, as stated at the outset, I would dismiss the Crown's appeal and affirm the respondent's acquittal by the Court of Appeal.

Appeal allowed, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Solicitors for the respondent: Savard, Pigeon, Lévis.

[61] En conséquence, cela étant dit avec égards, il me semble déraisonnable de conclure que le témoignage de G.L. « n'interfère pas » avec celui de la plaignante M.L. — ou ne tend pas à le contredire ou à le rendre peu plausible.

IV

[62] Pour tous ces motifs, comme je l'ai exprimé dès le départ, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public et de confirmer l'acquittement de l'intimé prononcé par la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Procureurs de l'intimé : Savard, Pigeon, Lévis.

INDEX

ACCESS TO INFORMATION

1. Appeals — Standard of appellate review — Evidence — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether deference owed to reviewing judge's findings that exemptions from disclosure applied to third party information — Whether pharmaceutical company provided sufficient direct and objective evidence information falling within exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 44.

MERCK FROSST CANADA LTD. v. CANADA (HEALTH), 23.

2. Third party information — Exemptions — Notice requirements — Severance — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether government institution fulfilled obligations to review records before providing notice of intention to disclose third party's information and in severing non-exempt information — Whether statutory notice requirements triggered — Whether third party information falling within Act's exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 25, 27, 28.

MERCK FROSST CANADA LTD. v. CANADA (HEALTH), 23.

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — School authorities — Parents requesting that school board exempt their children from ethics and religious culture course to avoid causing them serious harm — Requests for exemption denied — Whether decision of school board made at dictate of third party — Education Act, R.S.Q., c. I-13.3, s. 222.

S.L. v. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES, 235.

2. Judicial review — Standard of review — Complaint filed with Nova Scotia Human Rights Commission — Commission requesting appointment of board of inquiry — Decision set aside on judicial review — Board prohibited from proceeding — Appeal allowed — Whether chambers judge applied correct standard of review — Whether Commission erred in requesting appointment of board of inquiry.

HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) v. NOVA SCOTIA (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 364.

ADMINISTRATIVE LAW — (Concluded)

3. Judicial review — Standard of review — Disciplinary council — Lawyer challenging constitutionality of council's decision — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether framework developed in *R. v. Oakes* appropriate to determine if discretionary administrative decisions comply with Canadian Charter of Rights and Freedoms.

DORÉ v. BARREAU DU QUÉBEC, 395.

COMMUNICATIONS LAW

Broadcasting — Internet — Internet service providers providing end-users with access to broadcasting over Internet — Whether Internet service providers are broadcasters when they provide end-users with access to broadcasting through Internet — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3.

REFERENCE RE BROADCASTING ACT, 142.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Burden of proof at stage of demonstrating infringement of right to freedom of religion — Objective proof of interference with practice or belief — Parents sincerely believing in obligation to pass on precepts of Catholic religion to children — Whether ethics and religious culture program objectively interfering with parents' ability to pass on faith to children — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether refusal of school board to exempt children from ethics and religious culture course infringed their constitutional right.

S.L. v. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES, 235.

2. Charter of Rights — Search and seizure — Interception of private communications — Police intercepting communications without authorization pursuant to s. 184.4 of Criminal Code on grounds interceptions were immediately necessary to prevent serious harm to person or property and

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

judicial authorization not available with reasonable diligence — Whether s. 184.4 contravenes right to be free from unreasonable search and seizure pursuant to s. 8 of the Charter — Whether provision saved under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 184.4, 185, 186, 188.

R. v. TSE, 531.

CONSUMER PROTECTION

1. Prohibited business practices — False or misleading representations — Court of Appeal finding that merchant's representations would not mislead consumer "with average level of intelligence, scepticism and curiosity" — Test for determining whether general impression given by representation constitutes prohibited practice — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 218, 219, 228, 238(c).

RICHARD V. TIME INC., 265.

2. Prohibited business practices — Recourses — Conditions for exercising recourses — Conditions that apply where consumer seeks, under s. 272 of Consumer Protection Act, to have court sanction violations of Title II of that Act — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 2, 253, 272.

RICHARD V. TIME INC., 265.

3. Prohibited business practices — Recourses — Consumer seeking compensatory and punitive damages under s. 272 of Consumer Protection Act — Conditions for awarding damages and criteria for determining their quantum — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, s. 272 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621.

RICHARD V. TIME INC., 265.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Testimonial competence — Adults with mental disabilities — Whether adult witnesses with mental disabilities must demonstrate understanding of nature of obligation to tell truth in order to be deemed competent to testify — Whether finding of testimonial competence without demonstration of understanding of obligation to tell truth breaches accused's right to fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

R. v. D.A.I., 149.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

2. Evidence — Similar fact evidence — Admissibility of similar fact evidence relating to previous conviction of the accused for sexual assault — Trial judge did not err in admitting similar fact evidence.

R. v. T.L.M., 233.

3. Firearms — Possession of prohibited or restricted firearm with ammunition — Elements of offence — Mens rea — Trial judge inferring from circumstances of case that accused had knowledge that firearm was loaded — Conviction based on inference drawn from circumstantial evidence not unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

R. v. EASTGAARD, 393.

4. Sentencing — Aboriginal offenders — Breach of condition of long-term supervision order — Principles governing sentencing of Aboriginal offenders — Whether principles outlined in R. v. Gladue apply to breach of long-term supervision order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2(e).

R. v. IPEELEE, 433.

5. Charge to jury — Murder while committing sexual assault — Trial judge adequately relating evidence to elements of the offence — Trial judge's charge as a whole satisfactorily informing jury of relevant issues and theory of defence — Trial judge not required to put forward speculative fact scenarios of fanciful or far-fetched nature that were not raised by counsel.

R. v. KOCIUK, 529.

6. Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Prior conviction — Voir dire — Whether Crown was entitled to lead prior conviction on similar fact voir dire — Whether accused was entitled to challenge prior conviction on similar fact voir dire — Whether trial judge committed reversible error in finding, at trial, that accused had likely assaulted first victim.

R. v. JESSE, 716.

7. Appeals — Power of court of appeal — Unreasonable verdict — Credibility of witnesses — Trial judge holding that testimonial evidence as whole did not raise reasonable doubt that accused guilty on charge of indecent assault with regard to incidents that had occurred more than 30 years earlier — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. R.P., 746.

HUMAN RIGHTS

Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12.

S.L. v. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES, 235.

LAW OF PROFESSIONS

Discipline — Barristers and solicitors — Lawyer writing private letter to judge and criticizing him — Disciplinary council finding lawyer in breach of duty to behave with objectivity, moderation and dignity and reprimanding him — Whether council properly balanced relevant Charter values with statutory objectives — Whether decision reasonable — Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.03.

DORÉ v. BARREAU DU QUÉBEC, 395.

MUNICIPAL LAW

Bylaws — Validity — Standard of review applicable to municipal taxation bylaw — What standard of reasonableness requires in context of judicial review of taxation bylaw — Community Charter, S.B.C. 2003, c. 26, s. 197.

CATALYST PAPER CORP. v. NORTH COWICHAN (DISTRICT), 5.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

1. Jurisdiction of Ontario courts — Choice of forum clauses — Motion to dismiss action brought after statement of defence filed on ground that Ontario courts had no jurisdiction in light of forum selection clauses — Whether dismissal of action could be sought notwithstanding delivery of statement of defence — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(3)(a).

MOMENTOUS.CA CORP. v. CANADIAN AMERICAN ASSOCIATION OF PROFESSIONAL BASEBALL LTD., 359.

2. Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Respondents injured while vacationing in Cuba — Actions for damages brought in Ontario — Defendants bringing motion to stay actions on grounds that Ontario court

PRIVATE INTERNATIONAL LAW—(Concluded)

lacks jurisdiction, or alternatively, should decline to exercise jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over actions — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of actions.

CLUB RESORTS LTD. v. VAN BREDA, 572.

3. Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel action commenced in Ontario in respect of statements contained in book published in French by Quebec publisher — Defendants bringing motion to stay action on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over action — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of action.

ÉDITIONS ÉCOSOCIÉTÉ INC. v. BANRO CORP., 636.

4. Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel actions commenced in Ontario in respect of statements posted on U.S. company's website and in its annual report and republished by three Canadian newspapers — Defendants bringing motion to stay actions on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over actions — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of actions.

BREEDEN v. BLACK, 666.

TAXATION

1. Administration and enforcement — Bankruptcy and Insolvency — Immunity from seizure — Requirement to pay sent by Minister of Revenue to bank where tax debtor held account — Tax debtor subsequently filing notice of proposal under Bankruptcy and Insolvency Act — Subsequent notice of proposal not having precedence over requirement to pay — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 317(3) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69, 70.

TORONTO-DOMINION BANK v. CANADA, 3.

2. Income tax — Trusts — Residence — Trusts held by corporation resident in Barbados — Beneficiaries of trusts resident in Canada — Central management and control of trusts carried out by main trust beneficiaries in Canada — Trustee

TAXATION — (Continued)

seeking return of amounts withheld on account of Canadian tax from capital gains realized by trusts on sale of shares in Canada — Whether trusts are resident in Canada for taxation purposes.

FUNDY SETTLEMENT *v.* CANADA, 520.

TAXATION — (Concluded)

3. Goods and services tax — Single supply or multiple supplies — City acquiring and constructing transit facilities — City claiming and receiving public service body rebates for portion of GST paid — City also claiming input tax credits in respect of GST paid on purchases made for transit facilities — Whether acquisition and construction of transit facilities constituting an exempt supply, a taxable supply or both — Whether “transit facilities services” a taxable supply to the Province separate from exempt supply of “public transit services” to public — City Transportation Act, R.S.A. 2000, c. C-14 — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 123(1), 169(1), Sched. V, Part VI, ss. 1, 24.

CALGARY (CITY) *v.* CANADA, 689.

INDEX

ACCÈS À L'INFORMATION

1. Appels — Norme de contrôle en appel — Preuve — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — Faut-il faire preuve de déférence envers les conclusions du juge siégeant en révision que les exceptions à la divulgation s'appliquent aux renseignements du tiers? — La société pharmaceutique a-t-elle présenté une preuve directe et objective suffisante pour établir que les renseignements étaient visés par l'une ou l'autre des exceptions? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 44.

MERCK FROSST CANADA LTÉE C. CANADA (SANTÉ), 23.

2. Renseignements concernant un tiers — Exceptions — Obligations en matière d'avis — Prélèvement de renseignements — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — L'institution fédérale a-t-elle rempli ses obligations d'examiner les documents avant de donner au tiers un avis de son intention de divulguer certains de ses renseignements et de prélever les renseignements non soustraits à la divulgation? — Les exigences légales en matière d'avis ont-elles pris naissance? — Les renseignements du tiers étaient-ils visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 25, 27, 28.

MERCK FROSST CANADA LTÉE C. CANADA (SANTÉ), 23.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Autorités scolaires — Parents demandant à la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse afin d'éviter à ceux-ci un préjudice grave — Demandes d'exemption refusées — La décision de la commission scolaire a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? — Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 222.

S.L. C. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES, 235.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Dépôt d'une plainte à la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse — Commission ayant demandé la nomination d'une commission d'enquête — Décision annulée lors d'un

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

contrôle judiciaire — Interdiction faite à la commission d'enquête d'aller de l'avant — Appel accueilli — Le juge en cabinet a-t-il appliqué la bonne norme de contrôle? — La Commission a-t-elle eu tort de demander la nomination d'une commission d'enquête?

HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) C. NOUVELLE-ÉCOSSE (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 364.

3. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Comité de discipline — Contestation par un avocat de la constitutionnalité de la décision du Comité — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — Le cadre d'analyse élaboré dans R. c. Oakes convient-il pour apprécier la conformité à la Charte canadienne des droits et libertés de décisions administratives de nature discrétionnaire?

DORÉ C. BARREAU DU QUÉBEC, 395.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Fardeau à l'étape de la preuve de l'atteinte au droit à la liberté de religion — Démonstration de facteurs objectifs entravant le respect d'une pratique ou d'une croyance — Parents croyant sincèrement en l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique — Le programme d'éthique et de culture religieuse constituait-il, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants? — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le refus de la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse contrevenait-il à leur droit constitutionnel?

S.L. C. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES, 235.

2. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception de communications privées — Interception de communications par la police sans autorisation en vertu de l'art. 184.4 du Code criminel au motif que l'interception immédiate était nécessaire pour empêcher des dommages sérieux à

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

une personne ou un bien et qu'une autorisation ne pouvait être obtenue avec toute la diligence raisonnable — L'article 184.4 porte-t-il atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la Charte? — Cette disposition peut-elle être validée par l'application de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 184.4, 185, 186, 188.

R. c. TSE, 531.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Habilité à témoigner — Adultes ayant une déficience intellectuelle — Les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent-ils démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité pour être réputés habiles à témoigner? — La conclusion que le témoin est habile à témoigner sans qu'il ne soit démontré qu'il comprend l'obligation de dire la vérité porte-t-elle atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

R. c. D.A.J., 149.

2. Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité d'éléments de preuve de faits similaires concernant une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée antérieurement contre l'accusé — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant cette preuve de faits similaires.

R. c. T.L.M., 233.

3. Armes à feu — Possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte avec des munitions — Éléments de l'infraction — Mens rea — Le juge du procès a inféré des circonstances de l'espèce que l'accusé savait que l'arme à feu était chargée — La déclaration de culpabilité basée sur la preuve circonstancielle n'était pas déraisonnable — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.

R. c. EASTGAARD, 393.

4. Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Manquement à une condition d'une ordonnance de surveillance de longue durée — Principes régissant la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone — Les principes formulés dans R. c. Gladue s'appliquent-ils à la violation d'une ordonnance de surveillance de longue durée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2e).

R. c. IPEELEE, 433.

5. Exposé au jury — Meurtre survenant lors d'une agression sexuelle — Le juge du procès a adéquatement rattaché la preuve aux éléments de l'infraction — Considéré dans son

DROIT CRIMINEL — (Fin)

ensemble l'exposé du juge aux jurés les a informés de manière satisfaisante des questions litigieuses pertinentes et de la thèse de la défense — Le juge présidant un procès n'est pas tenu de soumettre au jury des scénarios factuels farfelus ou tirés par les cheveux, qui relèvent de la conjecture et n'ont pas été avancés par les avocats.

R. c. KOCIUK, 529.

6. Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Déclaration de culpabilité antérieure — Voir-dire — Le ministère public avait-il le droit de produire une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — L'accusé avait-il le droit de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision en concluant, lors du procès lui-même, que l'accusé était probablement l'agresseur de la première victime?

R. c. JESSE, 716.

7. Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Crédibilité des témoins — Juge du procès concluant que l'ensemble de la preuve testimoniale n'est pas de nature à soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé relativement à une accusation d'attentat à la pudeur concernant des événements survenus plus de 30 ans auparavant — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. R.P., 746.

DROIT DES COMMUNICATIONS

Radiodiffusion — Internet — Fournisseurs de services Internet permettant aux utilisateurs finaux d'avoir accès à la radiodiffusion grâce à Internet — Ces fournisseurs sont-ils des radiodiffuseurs lorsqu'ils permettent ainsi cet accès? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3.

RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION, 142.

DROIT DES PROFESSIONS

Discipline — Avocats et procureurs — Lettre privée adressée par un avocat à un juge dans laquelle il critique ce dernier — Décision du Comité de discipline de réprimander l'avocat pour avoir manqué à son obligation de faire preuve d'objectivité, de modération et de dignité — Le Comité a-t-il

DROIT DES PROFESSIONS — (Fin)

correctement mis en balance les valeurs pertinentes consacrées par la Charte et les objectifs visés par la loi? — La décision était-elle raisonnable? — Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.03.

DORÉ C. BARREAU DU QUÉBEC, 395.

DROIT FISCAL

1. Application et exécution — Faillite et insolvabilité — Insaisissabilité — Ministre du Revenu adressant une demande formelle de paiement à une banque où détenait un compte un débiteur fiscal — Débiteur fiscal déposant par la suite un avis de proposition concordataire en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — L'avis de proposition n'a pas priorité sur la demande de paiement antérieure — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 317(3) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69, 70.

BANQUE TORONTO-DOMINION C. CANADA, 3.

2. Impôt sur le revenu — Fiducies — Résidence — Fiducies détenues par une société résidente de la Barbade — Bénéficiaires des fiducies résidents du Canada — Gestion centrale et contrôle des fiducies exercés au Canada par les bénéficiaires principaux des fiducies — Demande présentée par la fiduciaire en vue d'obtenir le remboursement des sommes versées au titre de l'impôt canadien retenu sur les gains en capital réalisés par les fiducies à l'occasion de la vente d'actions au Canada — Ces fiducies sont-elles des résidents du Canada pour les besoins de l'impôt sur le revenu?

FUNDY SETTLEMENT C. CANADA, 520.

3. Taxe sur les produits et services — Fourniture unique ou fournitures multiples — Ville ayant acquis et construit des installations de transport — Demande et obtention d'un remboursement à titre d'organisme de services publics d'une partie de la TPS payée par la ville — Crédit de taxe sur les intrants demandé en outre par la ville relativement à la TPS acquittée sur ses achats liés aux installations de transport — L'acquisition et la construction des installations de transport constituent-elles une fourniture exonérée, une fourniture taxable, ou les deux? — Les « services liés aux installations de transport » correspondent-ils à une fourniture taxable à la province distincte de la fourniture exonérée de « services de transport en commun » à la population? — City Transportation Act, R.S.A. 2000, ch. C-14 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 123(1), 169(1), ann. V, partie VI, art. 1, 24.

CALGARY (VILLE) C. CANADA, 689.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1. Compétence des tribunaux de l'Ontario — Clauses d'élection de for — Motion présentée après le dépôt d'une défense en vue d'obtenir le rejet de l'action, au motif que les tribunaux ontariens n'avaient pas compétence du fait des clauses d'élection de for — Le rejet de l'action pouvait-il être demandé malgré la remise d'une défense? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(3)a).

MOMENTOUS.CA CORP. C. CANADIAN AMERICAN ASSOCIATION OF PROFESSIONAL BASEBALL LTD., 359.

2. Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Préjudice subi par les intimés à l'occasion de vacances à Cuba — Actions en dommages-intérêts intentées en Ontario — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard des actions? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire les actions?

CLUB RESORTS LTD. C. VAN BRED A, 572.

3. Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Action en diffamation intentée en Ontario relativement à des propos figurant dans un livre publié en français par un éditeur québécois — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard de l'action? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire l'action?

ÉDITIONS ÉCOSOCIÉTÉ INC. C. BANRO CORP., 636.

4. Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Actions en diffamation introduites en Ontario relativement à certains propos publiés sur le site Web et dans le rapport annuel d'une société américaine, et repris par trois journaux canadiens — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard des actions? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire les actions?

BREEDEN C. BLACK, 666.

DROIT MUNICIPAL

Règlements — Validité — Norme de contrôle applicable à un règlement municipal en matière de taxation — Exigence de la norme de la décision raisonnable dans le contexte du contrôle judiciaire d'un tel règlement — Community Charter, S.B.C. 2003, ch. 26, art. 197.

CATALYST PAPER CORP. C. NORTH COWICHAN (DISTRICT), 5.

DROITS DE LA PERSONNE

Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12?

S.L. C. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES, 235.

PROTECTION DU CONSOMMATEUR

1. Pratiques de commerce interdites — Recours — Conditions d'ouverture — À quelles conditions l'art. 272 de la Loi sur la protection du consommateur permet-il au consommateur de faire sanctionner les violations aux prescriptions du titre II de cette loi? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 2, 253, 272.

RICHARD C. TIME INC., 265.

2. Pratiques de commerce interdites — Recours — Demande de dommages-intérêts compensatoires et punitifs faite par un consommateur en vertu de l'art. 272 de la Loi sur la protection du consommateur — Quelles sont les conditions d'octroi des dommages-intérêts et les critères à utiliser pour déterminer leur quantum? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 272 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621.

RICHARD C. TIME INC., 265.

3. Pratiques de commerce interdites — Représentations fausses ou trompeuses — Cour d'appel concluant que des représentations faites par un commerçant n'étaient pas de nature à tromper un consommateur « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » — Quel est le critère à adopter pour déterminer si l'impression générale donnée par une représentation constitue une pratique interdite? — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 218, 219, 228, 238c).

RICHARD C. TIME INC., 265.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>